



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

LUCAS GONTIJO CHAGAS

**LICITAÇÃO E A EXIGÊNCIA DA AMOSTRA
DO OBJETO LICITADO**

Brasília-DF
2010

LUCAS GONTIJO CHAGAS

**LICITAÇÃO E A EXIGÊNCIA DA AMOSTRA
DO OBJETO LICITADO**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil.

Orientador: Dr. Carlos Orlando Pinto.

Brasília
2010

LUCAS GONTIJO CHAGAS

LICITAÇÃO E A EXIGÊNCIA DA AMOSTRA DO OBJETO LICITADO

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil.

Orientador: Dr. Carlos Orlando Pinto.

Brasília, 13 de novembro de 2010.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Carlos Orlando Pinto
Orientador
Centro Universitário do Distrito Federal

Prof. Dr. Gilson Ciarallo
Examinador
Centro Universitário do Distrito Federal

Prof. Dr. João Ferreira Braga
Examinador
Centro Universitário do Distrito Federal

Dedico esta obra a meu pai, Dr. Hélio Bicalho Chagas que, embora não mais entre nós esteja, permanece sempre presente; a minha querida mãe Marlene Gontijo Chagas; a minha amada esposa Helen Sapucaia Míglio; aos meus amados filhos Leonardo Roscoe Chagas, Raphaella Chagas e Lucas Míglio Gontijo Chagas; sendo todos eles a fonte inspiradora para mais esta conquista.

Agradeço a DEUS, que tudo provê; e ao meu orientador, Prof. Dr. Carlos Orlando Pinto, pelo empenho dedicado.

“Tenhas sempre presente que a pele se enrugua, o cabelo embranquece, os dias convertem-se em anos... Mas, o que é importante não muda. **A tua força e convicção não tem idade.** O teu espírito é como qualquer teia de aranha. Atrás de cada linha de chegada, há uma de partida. Atrás de cada conquista, vem um novo desafio. Enquanto estiveres vivo, sente-te vivo. Se sentes saudades do que fazias, volte a fazê-lo. Não vivas de fotografias amareladas... Continue, quando todos esperam que desistas. Não deixes que enferruje o ferro que existe em ti. Faze com que em vez de pena, te tenham respeito. Quando não conseguires correr através dos anos, trote. Quando não conseguires trotar, caminha. Quando não conseguires caminhar, use uma bengala. **MAS, NUNCA TE DETENHAS!**”

Madre Tereza de Calcutá

RESUMO

O estudo sobre LICITAÇÃO E A EXIGÊNCIA DA AMOSTRA DO OBJETO LICITADO analisou a possibilidade dessa exigência, fazendo-se necessário, para tanto, uma abordagem preliminar acerca de licitações públicas e da legislação brasileira, previstas na Lei nº 8.666, de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) e alterações posteriores. A monografia tratou do estudo, mais aprofundado, da possibilidade de se exigir amostras/protótipos dos objetos a serem licitados no pregão, não somente do primeiro colocado, mas, também, dos demais classificados, pois, atualmente, este representa aproximadamente 80% das licitações realizadas anualmente no país.

Ressalte-se a possibilidade de se obter sucesso no propósito de solicitar tais amostras, já que não existe uma Uniformização de Jurisprudência nos Tribunais, nem mesmo no Tribunal de Contas da União, em sentido contrário ao que se pretende. Some-se a isso que tal procedimento licitatório além de não ser contrário à lei, encontra amparo em vários princípios informadores da administração pública, entre os quais os da eficiência, finalidade, economicidade e celeridade.

Palavras-chave: Licitação. Amostra. Exigência. Pregão. Jurisprudência.

ABSTRACT

The study about BIDDING AND REQUIREMENT OF SAMPLE LAWFUL OBJECT examined the possibility of this requirement, making it necessary to do so, a preliminary approach about public tenders and Brazilian law, under Law nº. 8.666, 1993 (Procurement Law and Government Contracts) and subsequent amendments. The paper dealt with the study, more detailed, the opportunity to require samples / prototypes of objects to be auctioned on the floor, not only in the first place, but also of other classified, as, currently, this represents approximately 80% of bids performed annually in the country.

It is worth mentioning the possibility of achieving success in order to request such samples, since there is a uniform jurisprudence in the courts, even before the Court of Audit in the opposite direction to that intended. Add to this that such a bidding process in addition to being contrary to law, finds support in several informants principles of public administration, including the efficiency, order, economy and speed.

Keywords: Bidding. Sample. Demand. Auction. Jurisprudence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURA

Art. por artigo

Ed. por edição

nº por número

pág. por página

SIGLAS

CF - Constituição Federal

CPC - Código de Processo Civil

EC - Emenda Constitucional

TCU - Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 LICITAÇÃO PÚBLICA E A LEGISLAÇÃO.....	11
2 MODALIDADES DE LICITAÇÃO	15
2.1 Concorrência	15
2.2 Tomada de Preço	17
2.3 Convite	18
2.4 Concurso.....	19
2.5 Leilão	20
2.6 Pregão	21
2.6.1 Bens e Serviços Comuns.....	23
2.6.2 Lances.....	25
2.7 Pregão Presencial	26
2.8 Pregão Eletrônico	29
2.9 Estimativa do Valor da Contratação	33
2.10 Fracionamento de Despesa	35
2.11 Escolha da Modalidade de Licitação	37
3 DISPENSA, DISPENSABILIDADE E INEXIGIBILIDADE.....	39
3.1 Licitação Dispensada-	29
3.2 Licitação Dispensável.....	31
3.3 Valores que Dispensam Licitação	34
3.4 Inexigibilidade	44
4. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS DO OBJETO LICITADO ..	47
4.1 Objetivo	47
4.2 Fases Da Licitação.....	49
4.2.1 Fase interna ou preparatória	49
4.2.2 Fase externa ou executória.....	50
4.3 Importância do Pregão	54
4.4 Doutrina Sobre a Possibilidade da Exigência de Amostras.....	56
4.4 As Fases da Licitação e a Exigência de Amostra.....	62
4.5 Decisões e Acórdãos do TCU	Erro! Indicador não definido.
4.6 Amostras/Protótipos	65
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS.....	73

INTRODUÇÃO

A elaboração desta monografia tem por objetivo o estudo de um fator que pode ser de grande importância no decorrer de uma licitação: a exigência da amostra/protótipo do objeto licitado, não somente do primeiro colocado, mas, também, dos demais classificados.

O referido estudo visa analisar a possibilidade dessa exigência, fazendo-se necessária, para tanto, no primeiro capítulo, uma abordagem preliminar acerca de licitações públicas e da legislação brasileira.

Depois, no segundo capítulo, serão examinadas as modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666, de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), e suas alterações posteriores, ou seja, Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso e Leilão, e principalmente o Pregão, regido pela Lei nº 10.520, de 2002 (Lei do Pregão). Essas modalidades, juntas, são objeto da legislação básica sobre licitações para a Administração Pública.

Abordaremos, também, no terceiro capítulo, as hipóteses de não-realização do certame licitatório, ou seja, os casos de dispensa, dispensabilidade e inexigibilidade de licitação.

Em seguida, no quarto e último capítulo, a monografia tratará do estudo, mais aprofundado, da possibilidade de se exigir amostras/protótipos dos objetos a serem licitados, em suas diversas modalidades e fases, principalmente no que tange ao pregão (eletrônico e presencial) que, atualmente, representa cerca de 80% do volume de licitações de tudo o que é adquirido. Tal possibilidade é de suma importância para a celeridade da aquisição de determinados objetos que são licitados diariamente nos diversos órgãos da Administração Pública no Brasil, tanto em nível federal quanto estadual, distrital e municipal.

Adotar-se-á o método dedutivo, característico dos estudos jurídicos, procedendo-se à pesquisa bibliográfica da doutrina administrativista pátria e à jurisprudencial, sobretudo da Corte de Contas da União.

Espera-se dessa maneira, obter um maior conhecimento sobre o tema em tela, tendo em vista tratar-se de matéria atual e de grande interesse tanto no meio jurídico quanto nas Administrações Públicas existentes no País.

1 LICITAÇÃO PÚBLICA E A LEGISLAÇÃO

Licitação¹ é o procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, mediante condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços.

A licitação objetiva garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e possibilitar o comparecimento ao certame do maior número possível de concorrentes.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ao regulamentar o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabeleceu normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

As normas que disciplinam as licitações públicas devem ser interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que informadas no edital e que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

O artigo 3º da Lei nº 8.666/93 transcreve o objetivo da licitação:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

De acordo com essa Lei, a celebração de contratos com terceiros na Administração Pública deve ser necessariamente precedida de licitação, ressalvadas as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

O processo de licitação será realizado no local onde se situar o órgão ou entidade promotora do certame, salvo em razão de interesse público, devidamente motivado e justificado no processo.

¹ TCU- **Licitações e Contratos, Orientações Básicas**. 3 ed., 2006, p. 16.

Os seguintes princípios² básicos que norteiam os procedimentos licitatórios devem ser observados, dentre outros:

Princípio da Legalidade - art. 3º da Lei nº 8.666/1993

Nos procedimentos de licitação, esse princípio vincula os licitantes e a Administração Pública às regras estabelecidas nas normas e princípios em vigor.

Princípio da Isonomia³

Significa dar tratamento igual a todos os interessados. É condição essencial para garantir competição em todos os procedimentos licitatórios.

Princípio da Impessoalidade- art. 3º da Lei nº 8.666/1993

Esse princípio obriga a Administração a observar nas suas decisões critérios objetivos previamente estabelecidos, afastando a discricionariedade e o subjetivismo na condução dos procedimentos da licitação.

Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa- art. 3º da Lei nº 8.666/1993

A conduta dos licitantes e dos agentes públicos tem de ser, além de lícita, compatível com a moral, a ética, os bons costumes e as regras da boa administração.

Princípio da Publicidade- art. 3º da Lei nº 8.666/1993

Qualquer interessado deve ter acesso às licitações públicas e seu controle, mediante divulgação dos atos praticados pelos administradores em todas as fases da licitação.

Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório - art. 3º da Lei nº 8.666/1993

Obriga a Administração e o licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Nada poderá ser criado ou feito sem que haja previsão no ato convocatório.

² TCU- **Licitações e Contratos, Orientações Básicas**. 3 ed., 2006, página 16.

³ Princípio Constitucional.

Princípio do Julgamento Objetivo- art. 3º da Lei nº 8.666/1993

Esse princípio significa que o administrador deve observar critérios objetivos definidos no ato convocatório para o julgamento das propostas. Afasta a possibilidade de o julgador utilizar-se de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no ato convocatório, mesmo que em benefício da própria Administração.

Princípio da Celeridade

O princípio da celeridade, consagrado pela Lei nº. 10.520, de 2002, como um dos norteadores de licitações na modalidade pregão, busca simplificar procedimentos, de rigorismos excessivos e de formalidades desnecessárias. As decisões, sempre que possível, devem ser tomadas no momento da sessão.

Observe-se o § 1º, inciso I, do art. 3º da Lei 8.666/1993, de forma a adequadamente justificar a inclusão de cláusulas editalícias que possam restringir o universo de licitantes.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

O que licitar⁴?

Execução de obras, a prestação de serviços e o fornecimento de bens para atendimento de necessidades públicas, as alienações e locações devem ser contratadas mediante licitações públicas, exceto nos casos previstos na Lei nº 8.666, de 1993, e alterações posteriores, ou seja, Leis nº 8.883/94, 9.032/95, 9.648/98 e 9.854/99.

Por que licitar⁵?

A Constituição Federal, art. 37, inciso XXI, prevê para a Administração Pública a obrigatoriedade de licitar.

O procedimento de licitação objetiva permitir que a Administração contrate aqueles que reúnam as condições necessárias para o atendimento do interesse

⁴ TCU- Licitações e Contratos, Orientações Básicas. 3 ed., 2006, p. 20.

⁵ TCU- Licitações e Contratos, Orientações Básicas. 3 ed., 2006, p. 20.

público, levando em consideração aspectos relacionados à capacidade técnica e econômico-financeira do licitante, à qualidade do produto e ao valor do objeto.

Quem⁶ deve licitar?

Estão sujeitos à regra de licitar, prevista na Lei nº 8.666, de 1993, além dos órgãos integrantes da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Como⁷ licitar?

Uma vez definido o objeto que se quer contratar, é necessário estimar o valor total da obra, do serviço ou do bem a ser licitado, mediante realização de pesquisa de mercado. É necessário, ainda, verificar se há previsão de recursos orçamentários para o pagamento da despesa e se esta se encontra em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Após apuração da estimativa, deve ser adotada a modalidade de licitação adequada.

Deve ser adotada, preferencialmente, a modalidade pregão, sempre que o objeto pretendido referir-se a bens e serviços comuns.

O Pregão é uma modalidade de licitação instituída pela Lei nº 10.520, de 2002, *in verbis*:

Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

A disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública. Pode ser presencial ou na forma eletrônica.

A modalidade presencial é regulamentada pelo Decreto 3.555, de 2000.

A modalidade eletrônica é regulamentada pelo Decreto 5.450, de 2005.

⁶ TCU- **Licitações e Contratos, Orientações Básicas**. 3 ed., 2006, p. 20.

⁷ TCU- **Licitações e Contratos, Orientações Básicas**. 3 ed., 2006, p. 20.

2 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

As modalidades⁸ de licitação da Lei nº. 8.666/93 estão elencadas no artigo 22 do referido dispositivo legal, e são: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

Ensina Diógenes Gasparini⁹, que:

Essas modalidades formam dois grupos. O primeiro, composto pelas três primeiras indicadas, chamamos de grupo das modalidades sem finalidade específica, vez que qualquer delas pode levar à contratação de uma obra, um serviço, um fornecimento ou alienação. O segundo, formado pelas duas últimas das mencionadas modalidades, denominamos grupos das modalidades com finalidades específicas, pois somente se prestam: o concurso, para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, e o leilão, para alienações.

No primeiro grupo, a concorrência é a modalidade mais solene, enquanto o convite é a menos formal. A menos solene pode ser substituída por modalidade mais formal; o inverso não é permitido (art.23, § 4º, do Estatuto).

O artigo 22, § 8º, da Lei nº 8.666/93, veda a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas naquele artigo. Destarte, não pode a Administração Pública, mesmo Federal, criar outra modalidade licitatória, consoante inclusive, com o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, que prevê somente à União o poder de legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades.

Podemos definir Modalidade de Licitação como sendo a forma específica de conduzir o procedimento licitatório, a partir de critérios definidos em lei. O valor estimado para contratação é o principal fator para escolha da modalidade de licitação, exceto quando se trata de pregão, que não está limitado a valores.

2.1 Concorrência

É a modalidade¹⁰ da qual podem participar quaisquer interessados que na fase de habilitação preliminar comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução do objeto da licitação.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 20 ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 350.

⁹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p.439.

É importante observar, nos procedimentos licitatórios sob a modalidade concorrência, o disposto no art. 22, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, o qual não prevê a distinção entre cadastrados e não cadastrados nos registros cadastrais da administração. É o que reza o Acórdão 108/1999 Plenário do TCU - Tribunal de Contas da União.

Hely Lopes Meirelles¹¹ a define como “a modalidade de licitação própria para contratos de grande valor, em que se admite a participação de quaisquer interessados, que satisfaçam as condições do edital, convocados com antecedência mínima de 45 ou 30 dias”.

Atualmente, nos termos da alínea “c” do inciso I do artigo 23, são considerados de grande vulto os contratos que suplantem R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), quando tenham por objeto obras e serviços de engenharia e, conforme a alínea “c” do inciso II do mesmo artigo, os superiores a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), caso se trate de compras e outros serviços, diversos dos de engenharia.

Além dessas hipóteses, a concorrência é obrigatória para compra ou alienações de imóveis, exceto os adquiridos por intermédio de procedimentos judiciais ou dação em pagamento, que poderão, também, serem alienados por leilão, bem como para as concessões de uso, de serviço ou de obra pública e para as licitações internacionais, independentemente do valor do objeto do contrato.

Segundo prescreve o parágrafo 4º do artigo 23 da Lei Federal de Licitações, a concorrência possuiria, ainda, caráter universal, podendo ser utilizada na substituição de qualquer outra modalidade comum, quais sejam, a tomada de preços e o convite, em virtude de sua maior publicidade e nível de exigências.

Contudo, quando versamos o princípio da eficiência, pugnamos pela revogação do referido dispositivo a partir da Emenda Constitucional nº. 19, de junho de 1998, alegando que a realização de concorrência em contratos de menores vultos, quando seria cabível, a modalidade convite, representaria oneração desnecessária à Administração Pública.

¹⁰ **TCU- Licitações e Contratos, Orientações Básicas.** 2 ed., 2006, p. 21.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo.** 12.ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2000, p. 70.

2.2 Tomada de Preço

Trata-se da modalidade¹² realizada entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior (licitantes não cadastrados) à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

Na decisão 705/1994 do Plenário do TCU ficou ratificado que nas tomadas de preços, do mesmo modo que nas concorrências para contratação de obra, serviço ou fornecimento de bens, deve ser exigida, obrigatoriamente também, a comprovação de que trata o inciso III do artigo 29 da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso consistirá em: III-prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei”, a par daquela a que se refere o inciso IV do mesmo dispositivo legal, *in verbis*:

“prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei (redação dada pela Lei nº. 8.883/94).

Conforme dispõe expressamente os incisos I e II do artigo 23 da Lei das Licitações, *in verbis*:

Artigo 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior.

b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

A tomada de preços é o procedimento obrigatório para os negócios chamados de médio vulto, conforme acima especificado e, também, requer publicidade tal como a concorrência, sendo o prazo mínimo, entre a publicação do aviso da tomada de preços e o recebimento das propostas, de trinta dias. Tal prazo é obedecido quando a licitação for do tipo melhor técnica e preço, pois, será reduzido para quinze dias nos demais casos.

¹² TCU- Licitações e Contratos, Orientações Básicas. 2 ed., 2006, p. 21 e 22.

2.3 Convite

É a modalidade¹³ realizada entre interessados do ramo de que trata o objeto da licitação, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela Administração.

O convite é a modalidade de licitação mais simples. A Administração escolhe quem quer convidar, entre os possíveis interessados, cadastrados ou não. A divulgação deve ser feita mediante afixação de cópia do convite em quadro de avisos do órgão ou entidade, localizado em lugar de ampla divulgação.

No convite é possível a participação de interessados que não tenham sido formalmente convidados, mas que sejam do ramo do objeto licitado, desde que cadastrados no órgão ou entidade licitadora ou no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF. Esses interessados devem solicitar o convite com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas.

O SICAF¹⁴ constitui o registro cadastral do Poder Executivo Federal mantido pelos órgãos e entidades que compõem o Sistema de Serviços Gerais - SISG, nos termos do Decreto 3.722, de 9 de janeiro de 2001, alterado pelo Decreto 4.485, de 25 de novembro de 2002, e do Decreto 1.094, de 13 de março de 1994.

Informações a respeito do SICAF poderão ser obtidas junto ao Departamento de Logística e Serviços Gerais do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão ou pelo site www.comprasnet.gov.br

Vejamos o que estabelece o artigo 22 do Estatuto Federal Licitatório, em seus parágrafos 3º, 6º e 7º, *in verbis*:

Art. 22. São modalidades de licitação:

[...]

III - convite;

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 6º Na hipótese do § 3º deste artigo, existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto

¹³ TCU- Licitações e Contratos, Orientações Básicas. 2 ed., 2006, p. 22 e 23.

¹⁴ TCU- Licitações e Contratos -Orientações Básicas. 2 ed., 2006, p. 22.

idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações;

§ 7º Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.

Conforme estabelecem os incisos I e II do artigo 23 da Lei das Licitações, o convite deverá ser utilizado quando o valor estimado do contrato apresentar pequeno vulto, ou seja, quantia limitada a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), nas hipóteses de contratação de obras e serviços de engenharia.

Quando se tratar de procedimento licitatório destinado à realização de compras ou serviços diversos aos de engenharia, o valor limite será de R\$ 80.000,00 oitenta mil reais.

2.4 Concurso

É a modalidade¹⁵ licitatória utilizada para a escolha de trabalho técnico, artístico ou científico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

Sua finalidade é fomentar cultura, tecnologia, artes, ciência, ou encontrar soluções para problemas atuais, notadamente nas áreas social e urbanística.

No concurso, a premiação final funciona como fator de incentivo aos possíveis interessados em participar do concurso. Ele deverá ser objeto de divulgação a mais ampla possível. Embora a letra da lei aluda a quarenta e cinco dias, a Administração estará obrigada a adotar prazos ainda mais longos, se for o caso¹⁶.

É importante ressaltar que, diferentemente do que ocorre nas demais modalidades licitatórias, o interessado deverá apresentar seu trabalho artístico pronto e acabado, antes da realização de qualquer julgamento. O esforço do

¹⁵ MIRANDA, Henrique Savonitti, **Licitações e Contratos Administrativos**. 2 ed., Brasília, Editora do Senado Federal, 2004, p.122.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 7. ed. São Paulo, Dialética, 2000, p.206.

interessado é realizado antes, diferentemente do que ocorre nas demais modalidades analisadas, em que o objeto da licitação só será desenvolvido por aquele que for vitorioso.

Também não existe, como regra, a celebração de um contrato ao final do procedimento, trazendo uma exceção ao conceito tradicional de licitação, que seria um procedimento administrativo preparatório para a celebração de um contrato. A administração pública está obrigada, contudo, à entrega de um prêmio, que não necessita guardar proporção econômica com o custo da produção técnico-científica.

Pode-se citar como exemplos de concurso, aquele destinado à escolha do projeto da terceira ponte do Lago Sul, e o realizado para escolha da nova família de moedas do Real, ambos realizados há alguns anos atrás.

Cabe informar que a modalidade de licitação denominada concurso é instituto distinto do concurso público de provas ou de provas e títulos, do artigo 37, II, da Constituição Federal, destinado a selecionar pessoal para investidura em cargo ou emprego público.

2.5 Leilão

A Lei de Licitações¹⁷ define, em seu artigo 22, § 5º, verbis:

Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis, prevista no artigo 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Destina-se o leilão à venda de bens móveis inservíveis, ou seja, imprestáveis, sem utilidade, bem como, de produtos apreendidos, de bens dados em penhor e de bens imóveis adquiridos judicialmente ou mediante dação em pagamento.

Detalhe importante é que a Lei reza em venda de bens penhorados, mas, deve-se entender venda de bens empenhados, dados em penhor, em garantia, pois os bens penhorados não podem ser alienados extrajudicialmente.

¹⁷ GRANJEIRO, José Wilson, **Lei 8.666/93**. Brasília, Vestcon, 2005, p. 27.

De acordo com o artigo 53, da Lei 8.666/93, *in verbis*¹⁸:

Art. 53. O leilão pode ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração, procedendo-se na forma da legislação pertinente.

§ 1º Todo bem a ser leiloado será previamente avaliado pela Administração para fixação do preço mínimo de arrematação.

§ 2º Os bens arrematados serão pagos à vista ou no percentual estabelecido no edital, não inferior a 5% (cinco por cento) e, após a assinatura da respectiva ata lavrada no local do leilão, imediatamente entregues ao arrematante, o qual se obrigará ao pagamento do restante no prazo estipulado no edital de convocação, sob pena de perder em favor da Administração o valor já recolhido.

§ 3º Nos leilões internacionais, o pagamento da parcela à vista poderá ser feito em até vinte e quatro horas.

§ 4º O edital de leilão deve ser amplamente divulgado, principalmente no município em que se realizará.

2.6 Pregão

Modalidade de licitação¹⁹ instituída pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, para aquisição de bens ou serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública. O § 1º do artigo 2º da lei supra referida permite que o pregão seja realizado por meio da utilização de recursos de tecnologia de informação, nos termos da regulamentação específica. Portanto, pode ser presencial ou na forma eletrônica.

A modalidade presencial é regulamentada pelo Decreto 3.555, de 2000.

A modalidade eletrônica é regulamentada pelo Decreto 5.450, de 2005.

A utilização do pregão destina-se, exclusivamente, à contratação de bens e serviços comuns, conforme disposições contidas na legislação citada.

Nessa modalidade de licitação, os licitantes apresentam suas propostas de preço por escrito e por lances - que podem ser verbais ou na forma eletrônica, independentemente do valor estimado da contratação.

Segundo a legislação vigente, os bens e serviços comuns devem ser adquiridos mediante pregão.

¹⁸ GRANJEIRO, José Wilson, **Lei 8.666/93**. Brasília, Vestcon, 2005, p. 54.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 20 ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 358.

A inviabilidade da utilização do pregão deve ser justificada pelo dirigente ou autoridade competente.

Nas contratações para aquisição de bens e serviços comuns para entes públicos ou privados, realizadas com recursos públicos da União, repassados mediante celebração de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica, conforme estabelece o artigo 4º, § 1º do Decreto nº. 5.504, de 2005.

Os licitantes apresentam suas propostas de preço por escrito e por lances verbais, ou via Internet, independentemente do valor estimado da contratação.

O pregão não se aplica à contratação de obras de engenharia, alienações e locações imobiliárias.

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação. Na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada é essencial à definição do objeto do pregão.

É preferível que não se utilize do resultado da licitação na modalidade pregão (licitação deserta) para fins de efetuar eventual aquisição com dispensa de licitação amparada no art. 24, inciso V, da Lei nº 8.666/1993 (Súmula 177 do TCU).

O TCU expediu as seguintes recomendações²⁰:

Ver a possibilidade de se especificar nos avisos dos editais da modalidade pregão as quantidades dos bens a serem adquiridos, definindo-se, assim, precisa, suficiente e claramente o objeto, nos termos do artigo 11, II, do Decreto nº 3.555/2000.

Pode-se orientar o pregoeiro designado pela autoridade competente para examinar acuradamente no momento da sessão da abertura do pregão a compatibilidade do bem cotado pelos licitantes quanto às especificações técnicas estipuladas no edital, fazendo constar em ata detalhadamente os motivos da

²⁰ TCU- Licitações e Contratos, Orientações Básicas 3 ed., 2006, p. 33.

desclassificação, se for o caso, em observância ao artigo 4º, XI, da Lei nº 10.520/2002 c/c o art. 11, XII, do Decreto nº 3.555/2000.

Utiliza-se a modalidade de licitação pregão estritamente para aquisição e/ou contratação dos bens ou serviços comuns listados no anexo II do Decreto Nº 3.555/00, em especial, para compra de somente os seguintes bens de informática: microcomputador de mesa ou portátil (“notebook”), monitor de vídeo e impressora, nos termos do item 2.5, do Anexo II, do citado decreto.

2.6.1 Bens e Serviços Comuns

Bens e serviços comuns²¹ são produtos cuja escolha pode ser feita tão-somente com base nos preços ofertados, haja vista serem comparáveis entre si e não necessitarem de avaliação minuciosa. São encontráveis facilmente no mercado. São exemplos de bens comuns: canetas, lápis, borrachas, papéis, mesas cadeiras, veículos, aparelhos de ar refrigerado etc. e de execução de serviços: confecção de chaves, manutenção de veículos, colocação de piso, troca de azulejos, pintura de paredes, etc.

O bem ou o serviço será comum quando for possível estabelecer, para efeito de julgamento das propostas, mediante especificações utilizadas no mercado, padrões de qualidade e desempenho peculiares ao objeto.

São inúmeros os objetos a serem licitados que não são vistos com clareza pelo gestor com o intuito de definir se o objeto é comum ou não. O legislador procurou, por meio de lista anexada ao Decreto nº 3.555, de 2000, definir os bens ou serviços de natureza comum. No entanto, essa lista foi considerada meramente exemplificativa, em razão da impossibilidade de se listar tudo que é comum.

Cabe ao gestor, na busca da proposta mais vantajosa para a Administração, decidir-se pela modalidade pregão sempre que o objeto for considerado comum.

Quando a opção não recair sobre a modalidade pregão, o gestor deve justificar, de forma motivada e circunstanciada, sua decisão.

²¹ TCU- **Licitações e Contratos, Orientações Básicas** -3 ed., 2006, p. 35.

Para esclarecimento do tema bens e serviços comuns, destaca-se parte do relatório e voto do eminente Ministro Benjamin Zymler do TCU no Acórdão 313/2004 Plenário, *verbis*²²:

(...) Tendo em vista o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº10.520/2002, acima citado, bem comum é aquele para o qual é possível definir padrões de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais no mercado. Destarte, o bem em questão não precisa ser padronizado nem ter suas características definidas em normas técnicas. Da mesma forma, não se deve restringir a utilização do pregão à aquisição de bens prontos, pois essa forma de licitação também pode visar à obtenção de bens produzidos por encomenda. (Relatório do Ministro Relator)

(...) Concluindo, saliento que, ao perquirir se um determinado bem pode ser adquirido por intermédio de um pregão, o agente público deve avaliar se os padrões de desempenho e de qualidade podem ser objetivamente definidos no edital e se as especificações estabelecidas são usuais no mercado. Aduzo que o objeto da licitação deve se prestar a uma competição unicamente baseada nos preços propostos pelos concorrentes, pois não haverá apreciação de propostas técnicas. Caso essas condições sejam atendidas, o pregão poderá ser utilizado. (Voto do Ministro Relator).

Nesse sentido, com relação a bens e serviços comuns de informática e automação, a Lei nº 11.077, de 2004, inseriu § 3º no artigo 3º da Lei nº 8.248/ 1991, *verbis*:

§ 3º A aquisição de bens e serviços de informática e automação, considerados como bens ou serviços comuns nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, poderá ser realizada na modalidade pregão, restrita às empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico nos termos desta Lei e da Lei no 8.387, de 30 de dezembro de 1991.

Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais praticadas no mercado.

Bens e serviços comuns são ofertados, em princípio, por muitos fornecedores e comparáveis entre si com facilidade.

Marçal Justen Filho ensina que ²³ “o que caracteriza um objeto como comum é a padronização de sua configuração, que é viabilizada pela ausência de necessidade especial a ser atendida e pela experiência e tradição pelo mercado.”

²² TCU- **Licitações e Contratos, Orientações Básicas**. -3 ed., 2006, p. 35 e 36.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: nova modalidade licitatória: Informativo de licitações e contratos**. 83 ed., Curitiba: Zênite, 2001, p.6.

O estabelecimento de padrões de desempenho permite ao agente público analisar, medir ou comparar os produtos entre si e decidir-se pelo menor preço.

Serviços de engenharia podem ser licitados por pregão, desde que sejam considerados como serviços comuns.

Existe uma deliberação do TCU no sentido de se realizar procedimento licitatório na modalidade pregão sempre que os produtos e serviços de informática possuam padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos pelo edital, com base em especificações usuais no mercado, conforme prevê o art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.520/2002, haja vista a experiência que a Administração Pública vem granjeando na redução de custos e do tempo de aquisição de bens, adquiridos por intermédio daquela espécie de certame público.

2.6.2 Lances

Especificamente no que se refere à apresentação dos lances verbais, é conveniente destacar que a disputa entre os licitantes cinge-se ao preço, vale dizer, ao conteúdo econômico da proposta apresentada, partindo-se daquela de menor valor. Mas, quando o licitante concorre ao lance, não está, com isso, vinculando-se ao conteúdo da proposta escrita de seu concorrente.

Assim por exemplo, imaginemos que a Administração pretenda adquirir equipamentos de informática, tendo definido as especificações do objeto, sem indicar marca (o que guarda consonância com a lei), mas solicitando que o licitante defina, em sua proposta, a marca do equipamento cotado.

Pois bem, neste caso, o licitante, indicando marca do equipamento para o qual apresenta sua oferta, vincula-se ao conteúdo de sua proposta, obrigando-se a entregar o bem *daquela marca*. Veja que a proposta ofertada vincula as partes contratantes, à luz do art. 54, §1º da Lei nº 8.666/93, de tal sorte que a entrega de produto diverso do efetivamente cotado, pode ensejar a rescisão do ajuste, na forma do art. 78, inc. I, desse diploma legal.

- a) Os lances²⁴ poderão ser formulados em qualquer valor e tantas vezes quantas o licitante desejar;
- b) Não pode ser estabelecido limite de valor para os lances e quantos podem ser formulados;
- c) podem ser verbais ou pela Internet;

²⁴ TCU- **Licitações e Contratos, Orientações Básicas** -3 ed., 2006, p. 37 e 38.

- d) no pregão presencial, inicia-se com o licitante que ofertou o maior preço;
- e) os valores dos lances deverão ser distintos e decrescentes, e assim sucessivamente, até que a melhor oferta seja registrada;
- f) só vão para a fase de lances as propostas previamente classificadas.

De acordo com o acórdão 688/2003 Plenário do TCU, o pregoeiro deve adotar providências para que as licitações na modalidade pregão observem as regras estabelecidas no artigo 4º da Lei nº. 10.520/02, especialmente em relação à verificação de conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório antes da fase de lances, promovendo as devidas desclassificações de candidatos.

2.7 Pregão Presencial

No pregão presencial, é necessária a presença do licitante ou do seu representante legal, devidamente credenciado, para o oferecimento de lances verbais. O licitante só pode oferecer lance menor do que o último cotado, isto é, ele deve cobrir a oferta do concorrente.

O processamento e julgamento de licitações na modalidade pregão normalmente são realizados observando-se a seqüência dos seguintes procedimentos²⁵:

1. abertura da sessão pelo pregoeiro, no dia, horário e local estabelecidos, sempre em ato público;
2. recebimento de declaração de que o licitante cumpre plenamente os requisitos de habilitação;
3. recebimento dos envelopes “Proposta” e “Documentação”;
4. identificação dos representantes legais das licitantes, mediante apresentação de carteira de identidade e procuração ou contrato social, conforme for o caso;

²⁵ TCU- Licitações e Contratos, Orientações Básicas -3 ed., 2006, p. 207, 208 e 209.

5. credenciamento dos representantes legais dos licitantes, se for o caso, mediante apresentação de documento que comprovem possuir poderes para formulação de lances verbais e para prática de todos os demais atos inerentes ao pregão;

6. abertura dos envelopes “Proposta”;

7. análise e julgamento das propostas de acordo com as exigências estabelecidas no ato convocatório; será desclassificada a proposta que não atender a todas as exigências estabelecidas no ato convocatório para apresentação das propostas; a desclassificação da proposta de licitante importa preclusão do seu direito de participar da fase de lances verbais. Só participarão da fase de lances as propostas classificadas;

8. classificação da proposta escrita de menor preço e daquelas apresentadas com valores superiores em até 10% (dez por cento), em relação ao menor preço; Quando não existirem, no mínimo, três propostas com valores superiores em até 10% (dez por cento) à proposta de menor preço, devem ser selecionadas as melhores até o máximo de três, quaisquer que sejam os preços ofertados;

9. colocação das propostas em ordem crescente de preço cotado para que os representantes legais dos licitantes, devidamente credenciados, participem da etapa competitiva, por meio de lances verbais;

10. início da fase de lances pelo representante legal do licitante detentor da proposta de maior preço, continuando com as demais, pela ordem decrescente dos preços ofertados;

11. o licitante que não quiser dar lances verbais, quando convocado pelo pregoeiro, será excluído da respectiva etapa e terá mantido, para efeito de ordenação das propostas, o seu último preço apresentado;

12. conclusão da fase de lances; se o preço final obtido não estiver de acordo com a estimativa dos preços, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou quando for o caso, com os constantes do sistema de registro de preços, o pregoeiro deve negociar com o licitante para obtenção de preço melhor;

13. encerrada a etapa competitiva ou fase de lances e ordenadas as ofertas, o pregoeiro deve proceder à abertura do envelope que contém os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação da exeqüibilidade da proposta;

14. concluída a etapa de lances e a análise da documentação, será declarado o licitante vencedor;

15. elaboração da ata respectiva, na qual devem estar registrados os nomes dos licitantes que participaram, dos que tiveram suas propostas classificadas ou desclassificadas, os motivos que fundamentaram a classificação e/ou desclassificação, os preços escritos e os lances verbais ofertados, os nomes dos inabilitados, se houver, e quaisquer outros atos relativos ao certame que mereçam registro, inclusive eventual manifestação de interesse em recorrer por parte de licitante;

16. caso algum licitante manifeste a intenção de interpor recurso, mediante registro da síntese das suas razões na ata, devem ser aguardados os seguintes prazos:

a) três dias para juntada das razões do recurso;

b) três dias para os demais licitantes impugnarem o recurso porventura interposto, que começa a contar do término do prazo do recorrente;

17. adjudicação do objeto ao licitante declarado vencedor pelo pregoeiro, caso tenha havido desistência expressa de todos os licitantes da intenção de interpor recurso;

18. elaboração de relatório circunstanciado, informando o nome do licitante vencedor e todos os passos ocorridos durante o pregão, fundamentados nos critérios estabelecidos pelo respectivo edital;

19. divulgação do resultado do pregão na imprensa oficial ou por comunicação direta a todos os licitantes;

20. encaminhamento do processo licitatório para homologação pela autoridade competente; caso tenha havido interposição de recurso, a autoridade competente homologa o procedimento e adjudica o objeto ao licitante vencedor;

21. assinatura de contrato, carta-contrato ou entrega da nota de empenho da despesa, mediante recibo, ou da ordem de execução do serviço ou da autorização de compra ou documento equivalente.

2.8 Pregão Eletrônico

Para se ter acesso ao sistema eletrônico²⁶, o licitante deverá dispor de chave de identificação e de senha pessoal, obtidas junto ao provedor do sistema, onde também poderá informar-se a respeito do funcionamento e do regulamento do sistema, e receber instruções detalhadas para correta utilização desses dispositivos.

O licitante credenciado, portador de chave de identificação e de senha pessoal, poderá registrar seus lances de qualquer parte do país, sendo que o lance oferecido deve ser inferior ao último por ele cotado e registrado pelo sistema, ou seja, ele deve cobrir o seu próprio preço.

O uso da senha de acesso é de responsabilidade total do licitante, inclusive no que diz respeito a qualquer transação que venha efetuar diretamente, ou por seu representante, não cabendo ao provedor do sistema ou ao órgão licitador, qualquer responsabilidade por eventuais danos decorrentes de uso indevido da senha, ainda que executado por terceiros.

O processamento e julgamento de licitações na modalidade pregão eletrônico são realizados observando a seqüência dos seguintes procedimentos²⁷:

1. credenciamento prévio perante o provedor do sistema eletrônico da autoridade competente do órgão promotor da licitação, do pregoeiro, dos membros da equipe de apoio e dos licitantes que participam do pregão na forma eletrônica; o credenciamento faz-se pela atribuição de chave de identificação e de senha, pessoal e intransferível, para acesso ao sistema eletrônico; o credenciamento junto ao provedor do sistema implica a responsabilidade legal do licitante e a presunção de sua capacidade técnica para realização das transações inerentes ao pregão na forma eletrônica; o uso da senha de acesso pelo licitante é de sua responsabilidade exclusiva, incluindo qualquer transação efetuada diretamente ou por seu

²⁶ TCU- Licitações e Contratos, Orientações Básicas. 3 ed., 2006, p. 209.

²⁷ TCU- Licitações e Contratos, Orientações Básicas. 3 ed., 2006, p. 210 a 214.

representante, não cabendo ao provedor do sistema ou ao órgão promotor da licitação responsabilidade por eventuais danos decorrentes de uso indevido da senha, ainda que por terceiros; a perda da senha ou a quebra de sigilo deverá ser comunicada imediatamente ao provedor do sistema, para imediato bloqueio de acesso; a chave de identificação e a senha poderão ser utilizadas em qualquer pregão na forma eletrônica, salvo quando cancelada por solicitação do credenciado ou em virtude de seu descadastramento perante o SICAF; o fornecedor descredenciado no SICAF terá sua chave de identificação e senha suspensas automaticamente.

2. abertura da sessão pública pelo pregoeiro - pela Internet - com a utilização de sua chave de acesso e senha, no dia, horário e local estabelecidos; todos os horários observarão, para todos os efeitos, o horário de Brasília, Distrito Federal, inclusive para contagem de tempo e registro no sistema eletrônico e na documentação relativa ao certame;

3. encaminhamento das propostas, exclusivamente por meio do sistema eletrônico, com descrição do objeto e o preço ofertado somente até a data e hora marcadas para abertura da sessão, desde a divulgação do edital com anexo, se for o caso; após a data e hora marcadas para abertura da sessão, encerrar-se, automaticamente, a fase de recebimento de propostas; até a abertura da sessão, os licitantes podem retirar ou substituir a proposta anteriormente apresentada;

4. manifestação da licitante, em campo próprio do sistema eletrônico, que cumpre plenamente os requisitos de habilitação e que sua proposta está em conformidade com as exigências do instrumento convocatório;

5. análise e julgamento das propostas de acordo com as exigências estabelecidas no ato convocatório; é desclassificada a proposta que não atender a todas as exigências estabelecidas no ato convocatório para apresentação das propostas; a desclassificação da proposta de licitante importa preclusão do seu direito de participar da fase de lances verbais; só participarão da fase de lances as propostas classificadas;

6. ordenação automática, pelo sistema, das propostas classificadas e que participarão da fase de lances;

7. início da fase competitiva ou fase de lances, pelo pregoeiro, depois de classificadas e ordenadas as propostas;

8. encaminhamento de lances pelos licitantes exclusivamente por meio do sistema eletrônico; o licitante será informado do recebimento do seu lance e do valor consignado no registro; o licitante será informado, em tempo real, do valor do menor lance registrado pelo sistema; o oferecimento de lances é sucessivo, e deve sempre ser inferior ao último ofertado pelo próprio licitante, registrado pelo sistema; não são aceitos dois ou mais lances iguais, prevalecendo aquele que for recebido e registrado primeiro; é vedado ao licitante, quando da inclusão de sua proposta no sistema, inserir qualquer elemento que possa identificá-la;

9. encerramento da etapa de lances ou etapa competitiva da sessão pública por decisão do pregoeiro; após comando do pregoeiro informando o período de tempo a transcorrer, o sistema eletrônico encaminhará aviso de fechamento iminente dos lances, após o que transcorrerá período de tempo de até trinta minutos, aleatoriamente determinado, findo o qual será automaticamente encerrada a recepção de lances;

10. conclusão da fase de lances; terminada a etapa de lances da sessão pública, o pregoeiro pode encaminhar, pelo sistema eletrônico, contraproposta ao licitante que tenha apresentado lance mais vantajoso, para que seja obtida melhor proposta; não se admite negociar condições diferentes daquelas previstas no edital; a negociação será realizada por meio do sistema, podendo ser acompanhada pelos demais licitantes;

11. após encerrada a etapa de lances ou etapa competitiva, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital; se a proposta não for aceitável ou se o licitante não atender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e, assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital; no caso de contratação de serviços comuns em que a legislação ou o edital exija apresentação de planilha de composição de preços, esta deverá ser encaminhada de imediato por meio eletrônico, com os respectivos valores readequados ao lance vencedor.

No pregão, na forma eletrônica, realizado para o sistema de registro de preços, quando a proposta do licitante vencedor não atender ao quantitativo total estimado para a contratação, respeitada a ordem de classificação, poderão ser convocados tantos licitantes quantos forem necessários para alcançar o total estimado, observado o preço da proposta vencedora.

No julgamento da habilitação e das propostas, o pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de habilitação e classificação;

12. concluída a análise da proposta classificada em primeiro lugar, o pregoeiro procederá ao exame da documentação respectiva; os documentos exigidos para habilitação que não estejam contemplados no SICAF, inclusive quando houver necessidade de envio de anexos, deverão ser apresentados inclusive via fax, no prazo definido no edital, após solicitação do pregoeiro no sistema eletrônico; os documentos e anexos exigidos, quando remetidos via fax, deverão ser apresentados em original ou por cópia autenticada, nos prazos estabelecidos no edital; para fins de habilitação, a verificação pelo órgão promotor do certame nos sítios oficiais de órgãos e entidades emissores de certidões constitui meio legal de prova;

13. encerrada a fase da proposta e da documentação, e constatado o atendimento às exigências fixadas no edital, será declarado o licitante que ofertou a melhor proposta e mais vantajosa para Administração;

14. declarado o vencedor, qualquer licitante pode, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer; a falta de manifestação imediata e motivada do licitante quanto à intenção de recorrer, importará na decadência desse direito; o pregoeiro somente pode efetuar a adjudicação do objeto ao licitante declarado vencedor, caso nenhuma licitante declare a intenção de interpor recurso; o acolhimento de recurso importará na invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento; em caso de recurso, após decidido e constatada a regularidade dos atos praticados, a autoridade competente pode adjudicar o objeto e homologar o procedimento licitatório;

15. caso algum licitante manifeste a intenção de interpor recurso, devem ser aguardados os seguintes prazos:

a) três dias para juntada das razões do recurso;

b) três dias para os demais licitantes que quiserem impugnar o recurso porventura interposto, que começa a contar do término do prazo do recorrente;

16. encerrada a sessão pública, a ata respectiva será disponibilizada imediatamente na Internet para acesso livre de todos os licitantes e da sociedade;

17. divulgação do resultado do pregão na imprensa oficial ou por comunicação direta a todos os licitantes;

18. encaminhamento do processo licitatório para homologação pela autoridade competente;

19. homologado o processo licitatório, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato ou a ata de registro de preços no prazo definido no edital.

Importante: No pregão eletrônico, será observado para todos os efeitos, o horário de Brasília, Distrito Federal, inclusive para contagem de tempo e registro no sistema eletrônico e na documentação relativa ao certame.

2.9 Estimativa do Valor da Contratação

As contratações públicas somente poderão ser efetivadas após estimativa²⁸ prévia do seu valor, que deve obrigatoriamente ser juntada ao processo de contratação e, quando for o caso, ao edital ou convite.

O valor estimado da contratação será o principal fator para escolha da modalidade de licitação a ser realizada, exceto quanto ao pregão, sendo que a estimativa levará em conta todo o período de vigência do contrato a ser firmado, consideradas ainda todas as prorrogações previstas para a contratação.

No caso de compras, a estimativa total considerará a soma dos preços unitários (multiplicados pelas quantidades de cada item). Já no caso de obras/serviços a serem contratados, a estimativa será detalhada em planilhas que

²⁸ TCU- **Licitações e Contratos, Orientações Básicas**. 3 ed., 2006, p. 39 e 40.

expressem a composição de todos os custos unitários, ou seja, em orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, devendo ser elaborada com base nos preços correntes no mercado onde será realizada a licitação – local regional ou nacional.

Há a opção de ser feita também com base em preços fixados por órgão oficial competente ou com os constantes do sistema de registro de preços, ou ainda preços para o mesmo objeto vigentes em outros órgãos, desde que em condições semelhantes.

Serve para verificar se existem recursos orçamentários suficientes para pagamento da despesa com a contratação, e, também, serve de parâmetro objetivo para julgamento das ofertas desconformes ou incompatíveis, e conseqüente declaração de inexigibilidade das propostas etc.

Preço médio é o elaborado com base em pesquisa onde será realizada a contratação e deve refletir o preço de mercado.

Preço estimado é o parâmetro de que dispõe a Administração para julgar licitações e efetivar contratações, desde que reflita o preço de mercado.

Preço de mercado é o corrente na praça pesquisada.

Preço praticado é o que a administração contratante paga ao contratado.

Preço registrado é o constante do Sistema de Registro de Preços, ofertado em licitações realizadas para o SRP.

Preço unitário é o correspondente a cada item contratado.

Preço global é o correspondente a um só item ou ao somatório dos itens contratados.

Existem deliberações do TCU no que concerne à questão dos preços praticados nos pregões, senão vejamos:

a) Acórdão 583/2005, Segunda Câmara: dê fiel cumprimento ao artigo 7º, § 2º, II da Lei 8.666/1993 e fazer constar o custo unitário dos itens da planilha que servir de base para cotação de preços;

b) Acórdão 301/2005, Plenário: realize pesquisa de preços como forma de cumprir a determinação contida no artigo 43, inciso IV, da Lei de Licitações, fazendo

constar formalmente dos documentos dos certames a informação sobre a equivalência dos preços;

c) Acórdão 1544/2004, Segunda Câmara: realize pesquisa de preço para verificação das propostas apresentadas com os preços de mercado, conforme determina o artigo 43, inciso IV da Lei nº. 8.666/1993.

2.10 Fracionamento de Despesa

A Lei 8.666/93, em seu artigo 23, § 5º, veda o fracionamento de despesa, *verbis*:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

[...]

§ 5º É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

O fracionamento²⁹ se caracteriza quando se divide a despesa para utilizar modalidade de licitação inferior à recomendada pela legislação para o total da despesa, ou para efetuar contratação direta.

É vedada a utilização de modalidade inferior de licitação quando o somatório do valor a ser licitado caracterizar modalidade superior.

Por exemplo: convite, quando o valor determinar tomada de preços ou concorrência; ou tomada de preços, quando o valor for de concorrência.

Em resumo, se a Administração optar por realizar várias licitações ao longo do exercício financeiro, para um mesmo objeto ou finalidade, deverá preservar sempre a modalidade de licitação pertinente ao todo que deveria ser contratado.

Vale dizer, ilustrativamente: se a Administração tem conhecimento de que, no exercício, precisará substituir 1.000 (mil) cadeiras de um auditório, cujo preço

²⁹ TCU- **Licitações e Contratos, Orientações Básicas**. 3 ed., 2006, p. 43 e 44.

total demandaria a realização de tomada de preços, não é lícita a realização de vários convites para compra das cadeiras, fracionando a despesa total prevista em várias despesas menores que conduzem à modalidade de licitação inferior à exigida pela lei.

Importante: a legislação não considera fracionamento a contratação de parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diferente daquela do executor da obra ou serviço.

Muitas vezes o fracionamento ocorre pela ausência de planejamento do quanto vai ser efetivamente gasto no exercício para a execução de determinada obra, ou a contratação de determinado serviço ou ainda a compra de determinado produto. O planejamento do exercício deve observar o princípio da anualidade do orçamento. Logo, não pode o agente público justificar o fracionamento da despesa com várias aquisições ou contratações no mesmo exercício, sob modalidade de licitação inferior àquela exigida para o total da despesa no ano, quando decorrente da falta de planejamento.

É vedado o fracionamento de despesas para adoção de dispensa de licitação ou modalidade de licitação menos rigorosa que a determinada para a totalidade do valor do objeto a ser licitado.

É de suma importância lembrar que FRACIONAMENTO refere-se à despesa, ou seja, à divisão do valor da despesa.

O TCU³⁰ manifestou-se a respeito do fracionamento em seu acórdão 1386/2005 Segunda Câmara, *in verbis*:

Evite a fragmentação de despesas, caracterizada por aquisições freqüentes dos mesmos produtos ou realização sistemática de serviços da mesma natureza em processos distintos, cujos valores globais excedam o limite previsto para dispensa de licitação a que se referem os incisos I e II do art. 24 da Lei 8.666/1993.

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um

³⁰ TCU- **Licitações e Contratos, Orientações Básicas**. 3 ed., 2006, p. 44.

mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.

Como, também, o fez em seu Acórdão 740/2004 Plenário:

“Planeje adequadamente as aquisições e/ou contratações a fim de evitar o fracionamento da despesa, em observância ao artigo 23, §5º, da Lei nº 8.666/1993.”

Outra manifestação ocorreu no Acórdão 2528/2003 Primeira Câmara:

“Evite o fracionamento de despesas como mecanismo de fuga à modalidade de licitação adequada (art. 23, § 5º)”.

2.11 Escolha da Modalidade de Licitação

A escolha³¹ entre as modalidades pregão, convite, tomada de preços e concorrência é definida pelos seguintes limites:

- a) Pregão: Não está limitado a valores;
- b) Convite: Obras e serviços de engenharia acima de R\$ 15.000,00 até R\$ 150.000,00 e compras e outros serviços acima de R\$ 8.000,00 até R\$ 80.000,00;
- c) Tomada de Preços: Obras e serviços de engenharia acima de R\$ 150.000,00 até R\$ 1.500.000,00 e compras e outros serviços acima de R\$ 80.000,00 até R\$ 650.000,00;
- d) Concorrência: Obras e serviços de engenharia acima de R\$ 1.500.000,00 e compras e outros serviços acima de R\$ 650.000,00.

É importante ressaltar que quando o valor estimado da contratação indicar a realização de convite, a Administração pode utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência ou o pregão.

É proibida a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação delas entre si.

Segundo o Acórdão 254/2004 da Segunda Câmara do TCU é importante que se observe os limites de modalidade de licitação, conforme o disposto no artigo 23 da Lei nº. 8.666/1993 ou seja:

³¹ TCU- Licitações e Contratos, Orientações Básicas. 3 ed., 2006, p. 46 e 47.

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

c) concorrência - acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

3 DISPENSA, DISPENSABILIDADE E INEXIGIBILIDADE

O artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, ao exigir licitação para os contratos ali mencionados, ressalva “os casos especificados na legislação”, ou seja, deixa em aberto a possibilidade de serem fixadas, por lei ordinária, hipóteses em que a licitação deixa de ser obrigatória.

Note-se que a mesma ressalva não se contém no artigo 175, Constituição Federal de 1988, que, ao facultar a execução de serviço público por concessão ou permissão, exige que ela se faça “sempre através de licitação”. Destarte, apenas em situações de inviabilidade de competição poderá deixar de ser realizada licitação.

A licitação³² é regra para a Administração Pública, quando contrata obras, bens e serviços. No entanto, a lei apresenta exceções a essa regra. São os casos em que a licitação é legalmente dispensada, dispensável ou inexigível.

No caso de dispensabilidade, a licitação é possível, por haver possibilidade de competição, mas não é obrigatória, enquanto na inexigibilidade não é possível a licitação, porque só há um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da administração; a licitação é, portanto, inviável.

Contratação direta é a contratação realizada sem licitação, em situações excepcionais, expressamente previstas em lei.

A contratação se dá por meio de dispensa – licitação dispensada (art. 17) ou dispensável (art. 24) – ou por inexigibilidade (art. 25) de licitação.

O administrador deve ser cauteloso ao decidir-se pela contratação direta, pois a Lei de Licitações considera ilícito penal dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses descritas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes.

3.1 Licitação Dispensada

Existem casos de dispensa que escapam à discricionariedade administrativa³³, por estarem já determinados por lei; é o que decorre do artigo 17,

³² TCU- **Licitações e Contratos, Orientações Básicas**. 3 ed., 2006, p. 48 e 49.

incisos I e II, da Lei nº 8.666/93 (com a redação dada pela Lei nº 8.883/94 e Lei nº 11.196/05), que dispensa a licitação nos seguintes casos:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos (grifo nosso):

- a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas *f* e *h*;
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;
- f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
- g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei no 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição;
- h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;
- b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;
- c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;
- d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;
- e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;
- f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 20 ed., São Paulo, Atlas, 2008, p. 339.

Portanto, é necessário que se tenha cuidado para não confundir a licitação dispensada com a licitação dispensável, que veremos a seguir.

3.2 Licitação Dispensável

Modalidade em que a Lei estabelece em lista fechada as várias situações em que a licitação, embora possível, não é obrigatória, já que há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração.

A Lei de Licitações enumera no artigo 24 todas as hipóteses em que a licitação é considerada dispensável.

O artigo 24, incisos I e II, dispensa a licitação por considerar que o valor da contratação não compensa os custos da Administração com o procedimento licitatório.

Essa dispensa, por valor, não pode ultrapassar 10% (dez por cento) do limite previsto para modalidade convite, nos casos de:

1- obras e serviços de engenharia, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda de natureza idêntica e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente (esse inciso foi alterado já que antes o conceito existente era o de licitações simultâneas e sucessivas)³⁴;

2- compras e outros serviços, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.

Artigo 24³⁵. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed., São Paulo, Atlas, 2008, p. 341.

³⁵ GRANJEIRO, José Wilson. **Lei 8.666/93**. Brasília, Vestcon, 2005, página 32 e 33.

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

A hipótese a ser mencionada no inciso V (próximo) é denominada de licitação deserta. Ela não se confunde com a licitação fracassada, em que aparecem interessados, mas nenhum é selecionado, em decorrência da inabilitação ou da desclassificação. Nesse caso, a dispensa de licitação não é possível !

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

3.3 Valores que Dispensam Licitação

Veremos, a seguir, alguns valores que não necessitam de licitação³⁶:

1-obras e serviços de engenharia - até R\$ 15.000,00

2-compras e outros serviços - até R\$ 8.000,00

Quando a contratação for efetuada por sociedades de economia mista e empresas públicas, além de autarquias e fundações qualificadas como agências executivas, os valores são os seguintes:

1- obras e serviços de engenharia - até R\$ 30.000,00;

2- compras e outros serviços - até R\$ 16.000,00;

Nos casos de compras e outros serviços nos valores de até R\$ 8.000,00 ou

³⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO Vicente. **Direito Administrativo**. 6 ed., Rio de Janeiro, Impetus, 2004, p. 438 e 439.

R\$16.000,00, as unidades gestoras integrantes do SISG deverão adotar, preferencialmente, o sistema de cotação eletrônica.

Nessas hipóteses, deve ser observado que:

1-o valor relativo à estimativa da despesa deve corresponder ao total da compra ou do serviço, a fim de que o objeto da licitação não venha a ser fracionado para fugir de modalidade superior ou enquadrar-se na hipótese de dispensa;

2-as obras, serviços e fornecimentos devem ser programados na sua totalidade, com previsão de custos atual e final e dos prazos de sua execução.

Nas hipóteses em que a licitação é dispensável (incisos do art. 24), a Lei admite que a Administração contrate sem licitação, mesmo quando há possibilidade de competição.

Dentre as deliberações do TCU acerca do assunto, encontramos o acórdão 771/2005 da Segunda Câmara que relata os seguintes preceitos:

1- somente poderão ser contratados os serviços imprescindíveis à execução das atividades essenciais ao funcionamento do Ministério, devendo a contratação emergencial subdividir-se nas mesmas modalidades de serviço que serão objeto da licitação para a contratação definitiva;

2- a imprescindibilidade dos serviços e a essencialidade das atividades devem estar expressamente demonstradas e justificadas no respectivo processo;

3- a contratação somente poderá vigorar pelo tempo necessário para se concluir as novas licitações dos serviços de informática a serem promovidas em substituição à Concorrência 01/2005, não podendo ultrapassar o prazo previsto no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993;

4- na medida em que forem firmados os novos contratos, deverá ser encerrada a respectiva prestação de serviços exercida no âmbito do contrato emergencial;

5- deverão ser observadas as disposições relativas às contratações emergenciais, em especial aquelas contidas no art. 26 da Lei 8.666/1993 e na Decisão 347/1994 – Plenários.

3.4 Inexigibilidade

A inexigibilidade de Licitação é definida no artigo 25 da Lei 8.666/1993, que indica três hipóteses em que há inviabilidade de competição, sem excluir outras, *verbis*:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

No que tange ao inciso I, Hely Lopes Meirelles³⁷ distingue a exclusividade industrial da exclusividade comercial, para dizer que aquela é a do produtor privativo no país e esta é a dos vendedores e representantes na praça de comércio, que abranja a localidade da licitação, pois, ocorre a possibilidade de existirem vários no país. E acrescenta que, “quando se trata de produtor, não há dúvida possível: se só ele produz um determinado material, equipamento ou gênero, só dele a Administração pode adquirir tais coisas”.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 25 ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p.279.

Com relação ao inciso II, não é para qualquer tipo de contrato que se aplica essa modalidade: é apenas para os contratos de prestação de serviços, desde que observados os três requisitos, ou seja, o de tratar-se de um daqueles enumerados no artigo 13, o de ser de natureza singular, e o de ser contratado com profissional notoriamente especializado.

No que se refere à notória especialização, o § 1º do artigo 25 quis reduzir a discricionariedade administrativa em sua apreciação, ao exigir os critérios de essencialidade e indiscutibilidade do trabalho, como sendo o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. É exigida certeza absoluta quanto a esses aspectos, para ser válida a inexigibilidade.

Na situação do inciso III a hipótese é semelhante à do inciso anterior: o que se pretende alcançar é a prestação de serviço artístico, que pode tornar-se insuscetível de competição, quando contratado com profissional já consagrado, que imprima singularidade ao objeto do contrato.

Nas situações de dispensa ou inexigibilidade de licitação, conforme disposto no Decreto nº 5.504, de 5 de agosto de 2005, as entidades privadas sem fins lucrativos, inclusive as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, observarão o disposto no artigo 26 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo a ratificação ser procedida pela instância máxima de deliberação da entidade, sob pena de nulidade.

Ainda com relação à dispensa e inexigibilidade, a Lei 8.666/1993 prevê algumas normas³⁸ de controle e sanção:

1. o § 2º do artigo 25 estabelece as consequências do superfaturamento decorrente da aplicação dos artigos 24 (dispensa) e 25 (inexigibilidade): a responsabilidade solidária, pelo dano causado à Fazenda Pública, do fornecedor ou prestador de serviços e do agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. Há ainda a responsabilidade administrativa para o agente público e, para ambos, agente público e contratado, a responsabilidade criminal prevista em lei, especialmente a norma do artigo 90 da Lei nº 8.666/93.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 349 e 350.

2. O artigo 26, com redação alterada pela Lei nº 11.107/2005, Lei de Consórcios Públicos, exige, como condição de eficácia, para as dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do artigo 17 e no inciso III e seguintes do artigo 24, para as situações de inexigibilidade previstas no artigo 8º, parágrafo único, comunicação à autoridade superior dentro de três dias para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de 5 dias.

4 EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS DO OBJETO LICITADO

O assunto “apresentação/solicitação de amostras” passou a ser objeto de pesquisas e análises mais aprofundadas, já que se denotou variável importantíssima na aferição da eficiência, eficácia, economicidade e efetividade do Sistema de Compras e Licitações.

4.1 Objetivo

Reiteradamente se tem propalado que a Lei de Licitações obriga a Administração a comprar produtos de baixa qualidade, face ter estabelecido a regra geral da aquisição pelo menor preço, sendo um dos seus temas mais polêmicos a possibilidade de ser exigida ou não amostra do produto.

O objetivo de tal exigência é impedir que empresas ofertantes de propostas dissonantes dos padrões impostos nos editais concorram com outras que oferecem bens ou serviços que atendem plenamente o interesse buscado pelo órgão contratante.

A qualidade da amostra na Lei de Licitações pode e deve ser assegurada, pois, sem dúvida alguma, trata-se de um grande equívoco em se comprar pelo menor preço sem garantir a respectiva qualidade do produto a ser adquirido.

O binômio qualidade x preço deve ser buscado a todo custo, com o propósito de se atingir plenamente a finalidade da licitação, que é a de se adquirir o produto adequado, que irá satisfazer a performance pretendida, ou seja, cumprir o papel que dele se espera, pelo menor preço possível.

Quem compra mal, compra mais de uma vez e, pior, com dinheiro público.

A modalidade mais comum de licitação-e utilizada como regra-é a do tipo menor preço. Nesse tipo de certame, o fator preponderante para a escolha da proposta vencedora é o preço. Não significa que, nesse caso, a Administração Pública não possa fazer exigências mínimas de qualidade, nem que a proposta que contenha o menor preço nominal deva, necessariamente, ser a vencedora.

Isso porque fatores como qualidade, desempenho e rendimento, combinados com o preço unitário podem levar a uma situação na qual o menor preço unitário ou global em números absolutos não seja, necessariamente, o melhor preço.

A Lei nº 8.666/1993 traz, em diversas passagens, referência a exigências mínimas de comprovação de qualidade, que vão desde o momento da elaboração dos projetos (artigo 12 e incisos), passando pela caracterização e especificação do objeto (artigo 14; inciso I do artigo 15; incisos I e III do parágrafo 7º do artigo 15), entrega dos bens adquiridos (artigo 8º do artigo 15) até o acompanhamento do contrato (artigo 67).

Com frequência, apontam os menos atentos a existência de acórdãos controvertidos, sobre a possibilidade da exigência de amostras do produto licitado, nos Tribunais de Contas. A controvérsia se esgota com o exame detido dos julgados, evidenciando a possibilidade da adoção dessa sistemática quando for observado o seguinte:

a) a descrição do produto, bem como dos critérios que serão aferidos na amostra, não pode ser subjetiva, isto é, não contrastável pelo senso comum mediano;

b) a amostra do produto não pode ser exigida como condição de habilitação do licitante, pois nessa fase são aferidas, em princípio, as condições do licitante e não do objeto que oferece;

c) a exigência da amostra encontra arrimo jurídico na primeira parte do art. 43, inc. IV, da Lei nº 8.666/1993, quando determina que a Comissão de Licitação deverá, na fase de julgamento da proposta, “verificar a conformidade de cada proposta com os requisitos estabelecidos no edital”. Esse é o momento jurídico mais adequado para a Comissão verificar se o produto que o agente pretende oferecer é efetivamente o pretendido pela Administração;

d) a apreciação das amostras, se possível, deve ser feita em sessão pública, com a presença dos licitantes interessados. Observe-se que não há prescrição legal nesse sentido, sendo razoável a adoção do procedimento proposto com base nos princípios agasalhados pela Lei nº 8.666/1993. Uma vez testada a amostra, sempre

que possível deve ser ela guardada pela Administração para confronto de sua qualidade com a dos produtos que vierem a ser entregues³⁹.

É importante ressaltar que em função das características das modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, não haverá necessidade de debatermos a possibilidade da exigência da apresentação de amostras nessas modalidades, ou seja, discutiremos tal possibilidade apenas na modalidade pregão, tanto presencial quanto eletrônico.

Para tanto, é de suma relevância abordar e entender as fases existentes nessa modalidade de licitação e seus respectivos procedimentos, já que o pregão é um procedimento que se desenvolve por meio de vários atos da Administração e dos licitantes, cada um deles constando do seu devido processo.

Compreende uma fase interna (chamada de fase preparatória pelo artigo 3º da Lei nº 10.520/2002), que precede a abertura do procedimento ao público, e uma fase externa, que se inicia com a publicação do aviso do edital de convocação.

4.2 Fases da Licitação

Os atos de licitação devem desenvolver-se em seqüência lógica, a partir da existência de determinada necessidade pública a ser atendida. O procedimento tem início com o planejamento e prossegue até a assinatura do respectivo contrato ou a emissão de documento correspondente, em duas fases:

4.2.1 Fase interna ou preparatória

Delimita e determina as condições do ato convocatório antes de trazê-las ao conhecimento público.

Durante a fase interna da licitação, a Administração terá a oportunidade de corrigir falhas porventura verificadas no procedimento, sem precisar anular atos

³⁹ O Código Civil Brasileiro, artigo 1.135, e o Código de Defesa do Consumidor, artigo 18, possuem prescrições nesse sentido.

praticados. Exemplos: inobservância de dispositivos legais, estabelecimento de condições restritivas, ausência de informações necessárias, entre outras faltas.

As normas⁴⁰ sobre a fase interna constam do artigo 3º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, quanto ao pregão, e exigem basicamente: justificativa da necessidade de contratação, definição do objeto do certame, exigências de habilitação, critérios de aceitação das propostas, sanções por inadimplemento e cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento (inciso I).

Se na fase interna são possíveis as devidas correções, na fase externa, após a publicação do edital, qualquer falha ou irregularidade constatada, se insanável, levará à anulação do procedimento.

4.2.2 Fase externa ou executória

Inicia-se com a publicação do edital e termina com a contratação do fornecimento do bem ou da prestação do serviço.

A fase externa está disciplinada⁴¹ no artigo 4º, da Lei do Pregão, em 23 incisos, que descrevem os vários atos do procedimento, que compreende basicamente as seguintes fases: edital, julgamento e classificação, habilitação do licitante vencedor, adjudicação e homologação.

Nessa fase ocorrerá, também, a designação do pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição consiste em receber as propostas e lances, analisar sua aceitabilidade e sua classificação, fazer a habilitação e a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor (art. 3º, inciso IV).

É importante observar que o pregão contém uma inversão nas fases de classificação e habilitação, se comparado com a fase externa da modalidade de concorrência.

A primeira fase é a de publicação do aviso do edital no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação, com antecedência mínima de oito dias úteis da entrega das propostas; é possível também a divulgação por meios eletrônicos (art. 4º, inciso I), pela forma a ser objeto de regulamento; o edital é publicado

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 373.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 373.

resumidamente, sob forma de aviso, devendo uma cópia ficar à disposição de qualquer interessado para fins de consulta.

O artigo 5º, incisos I a III, do mesmo diploma legal, veda a exigência de garantia de proposta e de aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação no certame, bem como a exigência de pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso.

A segunda fase é a de julgamento e classificação das propostas; desenrola-se em sessão pública, na qual são entregues os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se a sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos constantes do instrumento convocatório.

O julgamento e a classificação das propostas se fazem pelo critério do menor preço, o que não impede sejam analisados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital (art.4º, X).

A redação desse dispositivo é confusa e parece estar querendo dizer que o critério é exclusivamente o do menor preço, mas que podem ser feitas exigências específicas quanto aos outros aspectos mencionados no dispositivo, constituindo-se os mesmos em condições para aceitabilidade ou não da proposta. O não atendimento das exigências levará à desclassificação da proposta.

Essa fase apresenta alguma peculiaridade em relação às demais modalidades de licitação, porque combina proposta escrita com lances verbais.

Os envelopes contendo as propostas são entregues e abertos na sessão pública referida anteriormente sendo que haverá um exame prévio da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no edital. Embora a lei não o diga, se não forem atendidos os requisitos do edital pertinentes à proposta, a consequência inevitável é a desclassificação das que não estejam de acordo com as exigências, conforme artigo 48 da Lei nº 8.666/93, de aplicação subsidiária.

O autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos (inciso IX).

Escolhido o vencedor, só então o pregoeiro examinará a aceitabilidade da proposta em função das exigências do edital. Se a oferta for aceita, o licitante será declarado vencedor, caso contrário, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido o melhor preço (artigo 4º, XVII). Não havendo concordância, serão chamados os licitantes subseqüentes, pela ordem de classificação, até a apuração de um que atenda as exigências do edital, sendo este declarado vencedor (inciso XVI).

Após a classificação das propostas entraremos na terceira fase, que é a referente à habilitação do vencedor. Esta fase se processa mediante a abertura do envelope contendo apenas a documentação do licitante vencedor.

Tal documentação conterá o que for exigido no edital⁴², o qual incluirá certidões de regularidade perante a Fazenda Nacional, quando for o caso, a Seguridade Social e o FGTS, as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, bem como a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificação técnica e econômico-financeira (inciso XIII).

Essa última qualificação tem por objetivo possibilitar a Administração certificar-se de que seu futuro contratado disponha de estável situação econômica (análise do patrimônio) e financeira (capacidade de adimplir com as obrigações assumidas).

É importante ressaltar que o licitante pode deixar de apresentar a documentação que já conste do SICAF-Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedor- e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes.

Apenas se o primeiro colocado for inabilitado é que o pregoeiro examinará a documentação do segundo e assim sucessivamente até que um licitante atenda às condições fixadas no instrumento convocatório.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 374.

Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar, imediata e motivadamente, a intenção de recorrer, sob pena de preclusão desse direito. As razões desse recurso devem ser apresentadas no prazo de três dias, findos os quais os demais licitantes terão igual prazo para apresentar contra razões (artigo 4º, XVIII).

A quarta fase é a de adjudicação ao vencedor, que é feita imediatamente após a decisão dos recursos.

A adjudicação é o ato pelo qual a autoridade administrativa entrega formalmente o objeto ao vencedor da licitação e o convoca para a assinatura do contrato.

Hely Lopes Meirelles salienta que: “feita a homologação e determinada a adjudicação, a respectiva autoridade passa a responder por todos os efeitos e conseqüências da licitação, notadamente o mandado de segurança contra o julgamento”.

Ressalta também que “ainda que a lei não o diga, o despacho homologatório e adjudicatório, sendo de efeito externo, como é, deve ser obrigatoriamente publicado na imprensa oficial”⁴³.

Finalmente, a quinta⁴⁴ e última fase é a homologação do procedimento pela autoridade competente.

Findo o procedimento, com a homologação⁴⁵, o vencedor será convocado para assinar o contrato no prazo fixado pelo edital, não se aplicando, portanto, o prazo previsto no artigo 64, § 3º, da Lei nº 8.666/1993.

Nas lições de Hely Lopes Meirelles, homologação é o ato de controle pelo qual a autoridade competente, a quem incumbir a deliberação final sobre o julgamento, confirma a classificação das propostas e adjudica o objeto da licitação ao proponente vencedor (Lei nº 8.666/1993, art. 43, VI). Essa autoridade competente é, em regra, aquela que determinou a abertura da licitação, mas poderá ser qualquer outra indicada no edital, no regulamento ou na lei.

Assim, julgadas e classificadas as propostas, encerra-se o trabalho da Comissão de licitação, que cuidou das fases de habilitação e julgamento,

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 12 ed. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 151.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 20 ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 375.

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 20 ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 375.

devolvendo-se o processo para que a autoridade competente - ou quem a lei, norma ou regulamento determine-proceda a homologação e posterior adjudicação do objeto ao vencedor.

No caso do pregão eletrônico, regulamentado pelo Decreto nº. 5.450, de 2005, as fases do procedimento são as mesmas⁴⁶. Porém, há algumas exigências a mais, conforme já demonstrado, anteriormente, no item 2.8.

Verifica-se, portanto, que o procedimento⁴⁷ do pregão eletrônico segue as mesmas fases do pregão comum: convocação dos licitantes; julgamento e classificação das propostas; habilitação do vencedor, homologação e adjudicação. Inclusive, muitas das normas do decreto nº. 5.450/2005 são repetição de normas que já constam do decreto nº. 3.555/2000, que regulamenta o pregão comum.

4.3 Importância do Pregão

O Governo Federal economizou⁴⁸ R\$ 3,2 bilhões com uso do pregão eletrônico nas aquisições de bens e serviços em 2007. O ganho equivale a uma redução de 16,3% obtida na contratação de R\$ 16,5 bilhões por meio dessa modalidade de compra. Em 2006 a economia foi de R\$ 1,8 bilhão, equivalente a 14% dos R\$ 11,1 bilhões licitados.

A economia é obtida pela diferença do preço máximo aceito pela Administração por cada produto ou serviço, e o que efetivamente foi contratado após a disputa *on line* entre os fornecedores. As aquisições através de pregão eletrônico são realizadas por meio do portal www.comprasnet.gov.br e podem ser acompanhadas em tempo real pela sociedade.

A participação do pregão eletrônico correspondeu a 69,4% do valor das licitações de bens e serviços comuns que alcançaram R\$ 23,7 bilhões no ano passado. É a maior participação dessa modalidade nos últimos seis anos, com um crescimento da ordem de 26.553% em valores, e de 8.394% em número de processos, com relação a 2002. Naquele ano o pregão eletrônico representou apenas 0,8% do valor licitado pelo Governo Federal.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 20 ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 376.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 20 ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 376.

⁴⁸ Fonte: Publicação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

O grande crescimento do pregão eletrônico ocorreu após a publicação do Decreto nº 5.450/2005 que tornou obrigatório o uso do pregão, dando preferência à forma eletrônica, nas aquisições de bens e serviços comuns do governo federal.

Depois do pregão eletrônico, a segunda modalidade licitatória mais utilizada foi a concorrência com uma participação de quase R\$ 4 bilhões, equivalente a 16,8% das licitações. Na sequência, vem o pregão presencial com R\$ 2,3 bilhões, o que representa 9,9% das aquisições.

Juntos⁴⁹, o pregão eletrônico e presencial atingiram R\$ 18,8 bilhões de bens e serviços comuns licitados, ou seja, 79,3% de tudo o que foi adquirido.

Entre os bens mais contratados por pregão eletrônico em 2007 estão equipamentos e artigos para uso médico, dentário e veterinário (18,5%), equipamentos para processamento de dados como softwares, acessórios e equipamentos de suporte (13,2%), combustíveis, lubrificantes, óleos e ceras (12,5%), veículos (6,4%), instrumentos e equipamentos de laboratório (5,9%).

Essas contratações⁵⁰ foram realizadas por 2.699 Unidades Administrativas de Serviços Gerais da Administração Federal Direta, Autárquica e Fundacional existentes em todas as regiões do país.

Não integram esse balanço os órgãos da administração Indireta como as Empresas públicas e Sociedades de Economia Mista Federais. As compras são realizadas de forma descentralizada pelos órgãos e o Ministério do Planejamento é o responsável pelas políticas e normas nessa área.

Segundo o secretário de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Rogério Santanna, “o pregão eletrônico já atingiu sua maturidade no Governo Federal com grande sucesso já que é a modalidade mais barata para comprar, ágil e eficiente como tem demonstrado a sua utilização nas compras federais nos últimos cinco anos”.

Essa eficiência, segundo ele, poderá ser estendida também às demais modalidades de licitação. O aperfeiçoamento da Lei Geral de Licitações, que aguarda apreciação no Congresso Nacional, prevê a realização de licitações por

⁴⁹ Fonte: Publicação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

⁵⁰ Fonte: Portal de Governo Eletrônico do Brasil. Atualizado em 4 maio 2008.

meio eletrônico também nas modalidades convencionais como concorrência, tomada de preços, concurso, leilão e convite.

4.4 Doutrina Sobre a Possibilidade da Exigência de Amostras

Vamos transcrever, nesse capítulo, a opinião de alguns doutrinadores a respeito do tema central da Monografia, ou seja, a possibilidade de se exigir amostras, principalmente nos pregões, com o objetivo de verificar a qualidade dos produtos que serão adquiridos pelos órgãos públicos.

Doutrina- 207/133/Março/2005 - A Qualidade na Lei de Licitações: O Equívoco de Comprar pelo Menor Preço, Sem Garantir a Qualidade, por *JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES*

Autor: Ex-Conselheiro do TC/DF. Mestre em Direito Público, professor, conferencista, autor de várias obras na área de Direito Administrativo, entre as quais *Tribunais de Contas do Brasil – jurisdição e competência*, a obra mais completa sobre Tribunais de Contas escrita em língua portuguesa.

Transcrição dos trechos relevantes ao tema (Os grifos e negritos não são originais):

Reiteradamente se tem propalado que a Lei de Licitações obriga a Administração a comprar produtos de baixa qualidade, face ter estabelecido a regra geral da aquisição pelo menor preço. Esse equívoco tem por causa três diferentes fatores, quais sejam: a ausência de treinamento, **o equívoco** de que comprar pelo menor preço obriga a aceitar qualquer produto e a errada compreensão de decisões dos órgãos de controle.

Em estudo mais aprofundado da precipitada legislação, verifica-se, inclusive, a possibilidade jurídica da indicação e exclusão de marcas, **exigência de amostras de produtos**, indicação de características definidoras de qualidade do produto, entre outros recursos que permitem que a Lei de licitações seja cumprida e ainda que o processo licitatório seja realizado com qualidade.

A qualidade de uma compra é garantida quando o legislador exige a adequada caracterização do objeto, na dicção do artigo 14, da Lei nº 8.666/93. Ela foi traduzida pelas expressões: compatibilidade de especificação técnica e de desempenho, estabelecida no artigo 15, inciso I, da Lei nº. 8.666/93.

Um dos temas polêmicos, na licitação, é a possibilidade de ser exigida ou não amostra do produto.

A controvérsia se esgota com o exame detido dos julgados, evidenciando a possibilidade da adoção dessa sistemática quando for observado o seguinte:

- a) **expressamente previsto em edital;**
- b) a descrição do produto, bem como dos critérios que serão aferidos na amostra, não pode ser subjetiva;

c) a amostra do produto não pode ser exigida como condição de habilitação do licitante, pois nessa fase são aferidas, em princípio, as condições do licitante e não do objeto que oferece;

d) a exigência da amostra encontra embasamento jurídico na primeira parte do artigo 43, inciso IV, da Lei nº. 8.666/93, quando determina que a Comissão de Licitação deverá, **na fase de julgamento** da proposta verificar a conformidade de cada proposta com os requisitos estabelecidos no edital. Esse é o momento jurídico mais adequado para a Comissão verificar se o produto que o agente pretende oferecer é efetivamente o pretendido pela Administração;

e) a apreciação das amostras, se possível, deve ser feita em sessão pública, com a presença dos licitantes interessados. Observe-se que não há prescrição legal nesse sentido, sendo razoável a adoção do procedimento proposto com base nos princípios agasalhados pela Lei nº 8.666/93.

OBS: uma vez testada a amostra, sempre que possível, deve ser ela guardada pela Administração para confronto de sua qualidade com a dos produtos que vierem a ser entregues.

Devemos considerar, para a análise do tema em tela, os seguintes entendimentos firmados na doutrina:

a) O ato convocatório (edital) tem por objetivo estabelecer cláusulas que garantam um procedimento administrativo impessoal, objetivo e imparcial. O seu conteúdo tem o poder de **vincular** a Administração e os participantes do certame até o seu momento final, qual seja a adjudicação.

b) Por se tratar de um procedimento, a licitação se caracteriza por uma seqüência de atos vinculados entre si, norteados por princípios consagrados pelo direito administrativo expressamente elencados no artigo 3º da lei nº 8.666/93: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo. Esses princípios norteiam as fases de habilitação, julgamento e adjudicação no processo licitatório.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵¹, verbis:

A respeito do pregão devem ser consultadas três importantes obras: Pregão, Presencial e Eletrônico, Editora Zenith, 2004, de Joel de Menezes Niebuhr; Licitação na Modalidade de Pregão, Malheiros Editores, 2003, de Vera Scarpinella; e Pregão, Dialética, 2001, de Marçal Justen Filho.

Mostraremos então, o que as duas primeiras obras citadas pelo eminente jurista, acima mencionado, relatam de mais importante sobre o assunto em debate, ou seja, apresentação das amostras/protótipos no Pregão.

Joel de Menezes Niebuhr é Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Advogado especialista em licitação pública, contrato administrativo e demandas ambientais; Professor de Direito Administrativo nas

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18 ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 524.

Escolas da Magistratura do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Ministério Público de Santa Catarina.

Autor do Livro Pregão Presencial e Eletrônico de acordo com o Decreto nº 5.450/2005, afirma:

“O momento oportuno para requerer as amostras é o da fase preliminar da avaliação da aceitabilidade das propostas, em que o pregoeiro verifica se o licitante realmente oferece objeto conforme as especificações contidas no edital”.

Aliás, é justamente para isso que as amostras são exigidas. Sugere-se que as amostras sejam apresentadas mesmo em data anterior. Isto é, estabelece-se data para a apresentação de amostras e outra para a sessão pregão, com a entrega dos respectivos envelopes.

Insista-se que, em princípio, pelo que está prescrito em lei, as amostras deveriam ser exigidas no curso da sessão. No entanto, cabe questionar se a antecipação das amostras causaria alguma espécie de prejuízo ao interesse público ou a terceiro. Ao interesse público efetivamente não há prejuízo, apenas vantagem, porque facilita a condução dos trabalhos, evitando a suspensão da sessão. Aos licitantes também não há prejuízo, porque eles teriam de um jeito ou de outro, de apresentar as amostras. Contudo, para que não haja prejuízo aos licitantes, é imperativo que a apresentação das amostras seja marcada para data posterior ao prazo de oito dias úteis a contar da data de publicação do edital. Não se poderia exigir antes, sob pena de redução do prazo consignado em lei para que os interessados no pregão avaliem se têm condições ou não de participarem dele, formulem as suas propostas, inclusive preparando as amostras, e reúnam os documentos de habilitação.

Dessa sorte, partindo do pressuposto de que a antecipação das amostras não causa prejuízo ao interesse público nem a terceiros, é de se **reputá-la lícita**. Agregue-se que **tal procedimento não é contrário à lei** e em contrapartida, **encontra amparo em vários princípios** informadores da Administração Pública, entre os quais os da eficiência, finalidade, economicidade e celeridade.

Em princípio, essa verificação do objeto licitado antes da própria licitação poderia se confundir com a pré-qualificação, prevista no artigo 114 da lei nº. 8.666/93. No entanto, trata-se de coisas distintas. Sucede que a pré-qualificação

visa a avaliar a qualificação técnica dos interessados e não os produtos apresentados por eles, como ocorre nas situações em que a Administração exige amostras. Ademais, a pré-qualificação somente pode ser realizada em relação a concorrências, como estatui o caput do supracitado dispositivo.

Em apertada síntese: O momento devido para exigir a **apresentação de amostras** é durante a fase preliminar da aceitabilidade das propostas, antes do julgamento delas e antes dos lances. Nada obstante a isso, é permitido que as amostras sejam exigidas antes mesmo da sessão ou depois dos lances, conforme o juízo de conveniência e oportunidade dos agentes administrativos e do pregoeiro, que **deve adotar o procedimento mais vantajoso para o interesse público**.

Segundo a professora Vera Monteiro Scarpinella Bueno, com mestrado na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, **a apresentação de amostras é factível desde que seja feita na fase do julgamento**. In Verbis “É nesta fase do julgamento, isto é, quando se faz a análise da conformidade das propostas ao edital, que está inserida a questão das amostras do objeto licitado e da possibilidade de a Administração Pública **exigi-las também no pregão**”. Como visto nas licitações cujo critério de julgamento é o de menor preço, é permitido à Administração – para não dizer desejável – analisar a compatibilidade das propostas com o edital. Esta análise, por sua vez, pode envolver a exigência de apresentação de amostras do objeto ofertado pelos licitantes.

No pregão, no momento inicial da fase de julgamento, antes da fase competitiva propriamente dita, é que o pregoeiro deverá proceder à verificação das propostas tendo por base o edital. Muitas vezes esta verificação depende da análise de amostras, oferecidas pelos proponentes, para o estudo específico de sua compatibilidade com as regras do edital. Se isto puder melhorar a satisfação da Administração com o contrato que será celebrado, não há por que negar esta possibilidade no pregão.

O fato de o pregão ser célere e de as atividades de análise das propostas dos interessados se desenvolverem em uma única sessão não impede que o edital possa exigir a apresentação de amostras.

No caso concreto não havendo prejuízo para a dinâmica procedimental do pregão, não há por que vedar, de antemão, que a Administração possa, por razões

concretas ligadas ao objeto, exigir, no edital, a apresentação das amostras pelos participantes do pregão.

O momento ideal para decisão a respeito das amostras a serem apresentadas é o início da fase de julgamento, antes do início da fase de lances verbais e competição direta entre os proponentes, sob pena de a Administração ter de desclassificar o proponente, por desatendimento ao objeto do edital, depois de realizada a fase de lances e da declaração do vencedor.

Conforme o tipo de amostra exigida no edital, ela pode ser apresentada e analisada na própria sessão pública do pregão; ou então, o edital pode determinar que ela seja entregue com antecedência no órgão, se isto facilitar os trabalhos.

Apenas as propostas declaradas compatíveis com o edital pelo pregoeiro é que serão consideradas para fins de classificação para a realização dos lances verbais.

Vejam a opinião doutrinária de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, cujo magistério assinala:

Assim, se a Administração vai adquirir determinado produto que precisa atender a determinados requisitos, sob pena de não servir adequadamente ao fim a que se destina, terá que fazer a sua descrição no edital de licitação, mediante prévia justificação do órgão técnico competente. E também deverá fazer constar do edital que a verificação do atendimento das exigências será feita na fase do julgamento. Do mesmo modo, **em sendo o caso de análise de amostra do produto** a ser adquirido, deverá haver previsão no instrumento convocatório, com indicação de que **essa amostra será analisada na fase do julgamento**.

Sabe-se que não há na Lei nenhuma vedação à inserção de uma cláusula editalícia a esse respeito.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵² verbis:

O julgamento e a classificação das propostas se fazem pelo critério do menor preço, o que não impede sejam analisados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19 ed., Atlas, 2007, p. 397.

desempenho e qualidade⁵³ definidos no edital, artigo 4º, X, Lei nº. 10520. A redação do dispositivo é confusa e parece estar querendo dizer que o critério é exclusivamente o do menor preço, mas que podem ser feitas exigências específicas quanto aos outros aspectos mencionados no dispositivo, constituindo-se os mesmos em condições para aceitabilidade ou não da proposta. O não atendimento das exigências levará à desclassificação da proposta.

A posição adotada por alguns julgadores é a de que a exigência de amostra onera o licitante e, portanto, teria o efeito de restringir a competitividade. Pode-se presumir que quando tal exigência não constar no edital de uma determinada licitação, tornar-se-á fator de surpresa sua solicitação durante o transcorrer do certame. Nesse caso, os licitantes teriam que fazer um investimento, cujo retorno seria incerto. Além disso, estar-se-ia ferindo o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o que acarretaria sua nulidade.

No caso de uma licitação de móveis, ou outro produto similar, em peso e tamanho, pode-se concluir que o mais razoável seria fazer-se a análise das amostras por meio de visita à fábrica, a lojas ou aos objetos que estivessem dispostos em show-room, ou mesmo por catálogos.

Já com relação a **objetos pequenos**, cujo peso não fosse um impeditivo para transportá-los, nada impediria que os licitantes levassem tais amostras ou protótipos ao local/órgão onde estivesse sendo realizado o respectivo pregão.

Podemos, inclusive, **invocar o artigo 15, inciso III**, da Lei nº 8.666/1993, cuja letra reproduz-se: Artigo 15: As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

“III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes as do setor privado”.

O artigo em destaque trata não só da questão de pagamento. É lícito estender a sua aplicação à forma como se pretende proceder à escolha do bem. O que se deve repudiar é o excesso de zelo que acabe por reduzir a competitividade em qualquer tipo de licitação.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19 ed., Atlas, 2007, p. 397.

Não podemos esquecer que a Administração zela, também, pelo princípio da vantajosidade, cujo significado seria o de se agregar ao menor preço a melhor qualidade do produto que se está adquirindo por meio da licitação. Vantajosidade, como se tem dito, a propósito, da equação “qualidade-preço”, diz respeito, exatamente, à busca pela maior qualidade da prestação/produto, e o seu maior benefício econômico.

Portanto, defende-se que a exigência de amostra na licitação pelo menor preço deve ser restrita e cercada de cautelas. Isso porque, mesmo nos casos em que o edital contenha expressa previsão dessa exigência, não se deve correr o risco de deturpação de tipo de licitação, pela prevalência do critério técnico.

4.4 AS FASES DA LICITAÇÃO E A EXIGÊNCIA DE AMOSTRA

A fase de habilitação (ou qualificação) tem por objetivo apurar se os proponentes atendem às condições pessoais necessárias à participação do certame⁵⁴. Destina-se, portanto, à avaliação da pessoa do licitante. Nesse sentido, leciona Marçal Justen Filho que “... a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de um sujeito para contratar com a Administração Pública⁵⁵. Daí ser lícito entender que a análise não recai sobre o objeto licitado, portanto a exigência de apresentação de amostras não deve ter cabimento nesse momento do procedimento licitatório”.

Na fase seguinte, a do julgamento, incumbe à Administração proceder de modo a selecionar a proposta mais adequada e vantajosa que atenda ao tipo de licitação indicado no ato convocatório, seja ela de menor preço, melhor técnica ou técnica e preço. A condução dessa fase deve obedecer ao procedimento devido e será concluída com o julgamento de eventuais recursos. Mister se faz à observância dos já mencionados princípios, dentre os quais Carlos Ari Sundfeld (renomado jurista) considera de especial relevância :o da legalidade, da objetividade, o da vinculação ao instrumento convocatório e o da motivação⁵⁶. Merece destaque o **princípio da vinculação ao instrumento convocatório** que foi objeto de maior

⁵⁴ Assim explica Carlos Ari Sundfeld, em **Licitação e Contrato Administrativo**, 2 ed., São Paulo, Malheiros, 1995.

⁵⁵ Vejam Comentários à **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 7 ed., p. 303.

⁵⁶ Carlos Ari Sundfeld, Op. cit., p. 142.

destaque na análise da 9ª SECEX. Segundo esse, o principal fundamento que restou injustificado na defesa da Administração foi o da utilização de critério de julgamento de propostas não previsto no instrumento convocatório, o que provocou uma alteração dos procedimentos nessa fase. Foi objeto de maior destaque na análise da 9ª SECEX. Segundo esse, o principal fundamento que restou injustificado na defesa da Administração foi o da utilização de critério de julgamento de propostas não previsto no instrumento convocatório, o que provocou uma alteração dos procedimentos nessa fase.

Torna-se conveniente rememorar, neste ponto, com apoio na doutrina especializada, qual a amplitude do princípio em pauta. A vinculação ao instrumento convocatório tem como finalidade restringir a discricionariedade do administrador no momento da escolha do bem que melhor satisfaz a Administração. Ao se definir que a licitação deverá ser de tipo “menor preço”, estabelece-se de antemão que a prestação de menor valor será escolhida pela Administração. Porém, para garantir que esse bem atenda a alguns requisitos mínimos de qualidade, o edital poderá fazer constar descrição minuciosa do produto (bem). Esse detalhamento que se inclui no instrumento convocatório visa a permitir um julgamento objetivo sobre o bem ou serviço licitado. O administrador que inicia um procedimento licitatório está vinculado à obediência de um rito, cujas fases estão previamente previstas em lei. Tudo isso, enfim, acaba por conduzir a uma conduta administrativa isenta de discricionariedade.

De fato, quando a lei propugna pelo “julgamento objetivo”, quer eliminar qualquer resquício de subjetividade no procedimento em análise. A ratio subjacente a esse entendimento pode ser resumida pelas palavras de Marçal Justen Filho:

O procedimento de licitação reduz drasticamente a liberdade de escolha do administrador. Por regra, o resultado final não decorre de qualquer decisão subjetiva do administrador. Vence a proposta que se configura como a mais conveniente para a concretização do interesse público, segundo critérios objetivos.⁵⁷

Em se tratando de reduzir a subjetividade da decisão do administrador, deve-se ter a cautela de se elaborar um instrumento convocatório claro e objetivo, não importando o tipo de licitação escolhido.

⁵⁷ Vejam Comentários à **Lei de Licitações**, 7 ed., p. 64.

Enfim, a objetividade que se impõe como princípio do procedimento licitatório tem o escopo de afastar possíveis impressões pessoais que possam privilegiar um ou outro licitante. O que se tem em vista, ao final, é a garantia da isonomia dos concorrentes e o atendimento ao interesse público.

Diz-se costumeiramente que o **edital é a lei que rege uma determinada licitação** e, portanto, subordina tanto os participantes quanto a Administração. Isso significa que todos devem obedecer ao seu conteúdo, sob pena de ilegalidade do procedimento. Ora, o Edital contém regras que dizem respeito à habilitação, à descrição do bem, serviço ou obra que se pretende contratar, além de regras que definem o critério de julgamento do certame, seja ele menor preço, melhor técnica ou técnica e preço.

No que tange à vinculação ao edital, propriamente dita, não há como discordar do entendimento esposado pela melhor doutrina, no sentido de que nenhuma etapa nova poderá ser criada no decorrer do certame, nem se julgará segundo critério não eleito pelo edital. Ao se exigir amostra ao longo da licitação já iniciada, constata-se a inserção de novo critério de julgamento. Essa conduta merece reprovação e enseja a nulidade do procedimento, pois infringe os princípios do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993.

Segundo Jair Eduardo Santana⁵⁸ a 11ª Câmara Cível do TJRJ manifestou-se sobre a exigência de apresentação de amostras no pregão presencial em agravo de instrumento interposto por licitante que teve liminar indeferida em mandado de segurança, no qual visava a sua reinclusão no Pregão Presencial nº. 16/04 realizado pelo PRODERJ, mesmo não tendo apresentado as amostras exigidas no certame, constantes no edital.

O autor informa, ainda, que o TJPE, decidindo agravo regimental que tentava conferir efeito suspensivo a agravo de instrumento para conceder liminar de suspensão de pregão impetrado por licitante desclassificado do certame após a verificação de suas amostras, esposou entendimento de que é perfeitamente possível a exigência de amostras no edital, pois este deverá fixar critérios objetivos de verificação das mesmas. Eis a ementa:

ADMINISTRATIVO-LICITAÇÃO-MODALIDADE DENOMINADA PREGÃO COMUM OU PRESENCIAL – EXIGÊNCIA EDITALÍCIA PARA QUE O

⁵⁸ Em seu livro: **Pregão Presencial e Eletrônico**, p. 169.

LICITANTE VENCEDOR DA MELHOR PROPOSTA APRESENTE AMOSTRAS DO PRODUTO OBJETO DA LICITAÇÃO PARA TESTES – ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS E PARÂMETROS MÍNIMOS DE DESEMPENHO E QUALIDADE DO OBJETO DA LICITAÇÃO CONTIDOS NO EDITAL – É POSSÍVEL TAMBÉM NO PREGÃO A NEGOCIAÇÃO DIRETA ENTRE O PREGOEIRO E OS DEMAIS PROPONENTES REMANESCENTES (ART.4º,XVI E XVII, DA LEI Nº. 10520/2002). À UNANIMIDADE DE VOTOS, NEGOU-SE PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, MANTENDO-SE A DESIÇÃO AGRAVADA.

(Agravado Regimental nº. 7 120007-7/01, Sexta Câmara Cível, relator Dês. Jorge Américo Pereira de Lira, relator do Acórdão Eduardo Augusto Paura Peres. DJ: 67, Data da Publicação: 09.04.2005.)

4.5 AMOSTRAS /PROTÓTIPOS ⁵⁹

Durante a fase de julgamento das propostas, poderá ser solicitado às empresas ofertantes do menor preço a apresentação de amostras/protótipos para verificação da qualidade dos produtos cotados, em conformidade com as exigências do ato convocatório.

A Administração pode permitir ao licitante que indique local onde se encontram as amostras/protótipos para avaliação pelos responsáveis pela licitação.

O licitante que não encaminhar a amostra/protótipo, ou não indicar o local onde se encontrem, no prazo estabelecido, poderá ter sua cotação desconsiderada para efeito de julgamento, na forma previamente estabelecida no ato convocatório.

O momento da apresentação das amostras/protótipos será na fase de julgamento das propostas.

Prazo suficiente deverá ser definido no ato convocatório para apresentação das amostras ou protótipos.

4.6 DECISÕES E ACÓRDÃOS DO TCU

Adotou-se como critério para esta seleção amostras de Decisões e Acórdãos de temas, ou assuntos de maior abrangência, de modo que possam servir de paradigma aos gestores públicos.

⁵⁹ TCU - Licitações e Contratos, Orientações Básicas. 3 ed., 2006, p. 97 e 98.

A inclusão de JURISPRUDÊNCIA DO TCU como item destacado nesta obra, tem um único objetivo, o de servir de paradigma para que os gestores, membros de comissões de licitações e de um modo geral os servidores que atuam nesta área, possam melhor exercer suas atribuições e competências.

Ao estabelecer como condição de classificação das propostas a apresentação e aprovação de amostras, deverá ser definida com exatidão no que consiste a amostra, bem como especificado no edital os critérios que serão utilizados para apreciação delas, de modo a dar fiel cumprimento ao disposto no artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993.

Não se pode prever no edital a possibilidade de apresentação de propostas com qualquer tipo de ressalvas, uma vez que cláusulas dessa natureza não encontram amparo legal e retiram do certame a transparência necessária, dificultando, inclusive, as atividades de controle e fiscalização.

Decisão 197/2000 Plenário

Não pode ser exigida a apresentação de amostras ou protótipos dos bens a serem adquiridos como condição de habilitação;

A exigência de apresentação de amostras ou protótipos dos bens a serem adquiridos deve se limitar à fase de classificação das propostas e desde que devidamente disciplinada, de forma detalhada, no instrumento convocatório.

Decisões 1102/2001 Plenário e 85/2002 Plenário

Caso seja exigida a apresentação de amostra nas licitações, desde que não seja ainda na fase de habilitação, deverá ser definido com clareza, no edital, o momento de entrega dos protótipos, os critérios de avaliação, bem como a data em que tal avaliação e julgamento técnico serão efetuados, de modo a dar oportunidade a que os licitantes interessados estejam presentes, em obediência ao art. 3º, § 3º, da Lei 8.666, de 1993.

Acórdão 346/2002 Plenário

Deverá ser viabilizada, sempre que demandado por licitantes, a inspeção de protótipos apresentados pelos participantes da licitação, a fim de permitir que os interessados verifiquem a compatibilidade do material apresentado com as exigências técnicas contidas no Edital, com intuito de garantir eficácia ao princípio da publicidade, estampado no caput art. 3º da Lei nº. 8.666, de 1993.

Decisão 855/2002 Plenário

A exigência de apresentação de amostras ou protótipos dos bens a serem adquiridos, na fase de classificação das propostas, deve ficar limitada apenas ao licitante provisoriamente em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada, no instrumento convocatório, nos termos dos artigos 45 e 46 da Lei 8.666, de 1993, observados os princípios

da publicidade dos atos, da transparência, do contraditório e da ampla defesa.

Decisão 1237/2002 Plenário

Fixe prazo para apresentação de amostras suficientes a não restringir a participação de potenciais competidores situados em outros estados da federação, de modo a não restringir a competitividade e a isonomia da licitação.

Acórdão 808/2003 Plenário

Ainda a propósito da questão de amostras⁶⁰

Interessante decisão do TCU⁶¹ trouxe à baila a questão de apresentação de amostras na fase de julgamento de propostas. O assunto gera, de fato, questionamentos quanto a diversos aspectos jurídicos.

Primeiramente, cabe resumir os fatos trazidos no relatório da Unidade Técnica (9ª SECEX) e a doughta decisão. Tratava-se, então, de licitação de tipo menor preço para compra de móveis para escritório realizada pela Agência Nacional de Petróleo (ANP). Apresentaram propostas sete licitantes. Uma das licitantes apresentou representação contra a Comissão, na qual alegou o possível direcionamento do julgamento pela Comissão, que teria especificado os bens licitados a partir de descrições de cadeiras de um determinado fabricante. Afirmou, portanto, o autor da representação que houve infração ao artigo 90 da Lei nº 8.666/93.

No caso concreto, a ANP determinou a apresentação de amostras, sob a alegação de que a compra visava à aquisição de móveis sob encomenda e "não se poderia concluir, mediante visitas técnicas ou pelo mero exame de catálogos de produtos de linha", que os bens corresponderiam à descrição do Edital. Sendo assim, a Administração procedeu a um pedido de amostras de todos os licitantes para, segundo ela, poder julgar com critérios objetivos. Entretanto, esse tipo de diligência não estava previsto no edital de convocação do certame e, segundo o licitante que impetrou a representação, tornou-se critério de julgamento do procedimento, o que desrespeita dispositivos legais da Lei de Licitações.

A CPL - Comissão Permanente de Licitação - da ANP alegou não haver direcionamento no julgamento do certame, em especial pela análise de protótipos.

⁶⁰ JUSTEN, Mônica Spezia; Advogada e mestranda na UFPR.

⁶¹ Decisão nº 449/2000, TCU - Plenário, de 31 maio 2000.

Cabe trazer à colação, no entanto, que (Edital item 8.1): "o julgamento das propostas será realizado de conformidade com o tipo de licitação de menor preço, observando-se o atendimento das especificações, detalhamento e condições estabelecidas no presente edital e seus anexos". Respaldaram, ainda, a conduta da CPL os itens 8.362 e 26.7 do Edital. A CPL estava convencida de que essa previsão, em conjunto com o texto do § 3º do artigo 43 da Lei nº 8.666/1993, bastaria para autorizar a exigência de amostras na fase de julgamento. Assim sendo, procedeu ao pedido de protótipos (amostras) com o argumento de que, se não o fizesse, acarretaria sérios prejuízos ao órgão licitante, especialmente se os mobiliários apresentados estivessem em desconformidade com as exigências previstas no Edital.

A análise apresentada pela Unidade Técnica considerou inaceitáveis as justificativas apresentadas pela CPL e apontou para a existência dos seguintes vícios no procedimento em estudo: a) o Edital, embora bastante detalhista, não menciona a possibilidade de exigência de protótipos (amostras) para julgamento das propostas; pelo contrário, menciona que esclarecimentos deverão ser feitos por escrito; b) a fundamentação doutrinária⁶³ apresentada pela CPL para o ato em questão não respalda o ato administrativo impugnado; c) houve alteração dos procedimentos na fase de julgamento das propostas; d) não encontra justificativa jurídica a alegação da Administração licitante de que se buscou a eliminação do risco de má contratação com a exigência de apresentação de protótipos na fase de julgamento; e) conclui pela nulidade do procedimento em face da caracterização de irregularidade na atuação dos responsáveis, com infração aos artigos 3º; 44, caput; e 45, caput, da Lei nº 8.666/1993.

Importa destacar que a Unidade Técnica esposou o entendimento de que existe sempre a possibilidade de exigência de amostras, desde que esse procedimento tenha sido expressamente previsto em edital. O núcleo da questão para esse órgão é exatamente a ausência dessa previsão. O problema gerado pela falta da previsão da exigência de amostras, no caso em estudo, foi a de ter um

⁶² Transcreve-se, a título de esclarecimento, o conteúdo do item 8.3 do referido edital: "A Comissão analisará as propostas com base nas informações e dados constantes dos documentos apresentados, sendo-lhe facultado, se entender necessário, solicitar esclarecimentos complementares aos licitantes. As respostas e informações complementares dos licitantes deverão ser prestadas sempre por escrito e os prazos fixados pela Comissão, mas não poderão acarretar modificação das condições já indicadas nas propostas, sob pena de desclassificação".

⁶³ Foram citados os juristas Marçal Justen Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, e as suas obras, respectivamente, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos e Temas polêmicos sobre licitações e contratos.

critério de julgamento inserido *a posteriori*. Essa inserção posterior gerou, e gera, via de regra, dificuldade na avaliação objetiva, pois esta não tem parâmetros para serem observados. Por outro lado, o douto voto proferido pelo preclaro Ministro adota uma linha hermenêutica diversa da apresentada na análise realizada pela Unidade Técnica do C. Tribunal quanto à questão da utilização de critérios de julgamento das propostas não previstos no instrumento convocatório.

Segundo o entendimento externado no seu voto, os argumentos apresentados pela ANP não foram suficientes para justificar a exigência de amostras. Além disso, discorda da própria decisão da Unidade Técnica quanto à regularidade de se solicitarem protótipos dos licitantes, já que essa providência, além de onerar os licitantes, não seria compatível com a realidade de mercado, uma vez que o particular, ao encomendar móveis sob medida não exige uma apresentação de protótipos como condição para contratar.

O v. acórdão apoiou-se, também, em decisões anteriores do Tribunal de Contas da União, para reforçar a idéia de que é ilegal a solicitação de amostras (ou protótipos) tanto em fase de habilitação quanto em fase de julgamento de licitações de "menor preço". Seu fundamento encontra-se no entendimento de que esse tipo de exigência em licitação de tipo "menor preço" poderia implicar deturpação da licitação para tipo "técnica e preço".

O douto voto apoiou-se, ainda, no disposto no caput do artigo 3º da já referida lei, de que se lê:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Diante dos fatos acima aduzidos, passa-se a analisar os pontos de maior relevância da linha hermenêutica adotada tanto pela análise da Unidade Técnica quanto pelo Egrégio Tribunal. Primeiramente, impõe-se ressaltar que o núcleo da fundamentação apresentada pela Unidade Técnica é a alteração de procedimentos da Comissão de Licitação na fase de julgamento. O efeito da exigência de amostras dos licitantes, sem que essa providência tenha sido claramente demandada no

instrumento convocatório, foi a sensível restrição da competitividade, já que um número reduzido de participantes logrou cumprir essa exigência.

Considerem-se, para a análise do tema em face do caso concreto, os seguintes entendimentos assentes na doutrina: o ato convocatório que tem por objetivo estabelecer cláusulas que garantam um procedimento administrativo impessoal, objetivo e imparcial; o seu conteúdo, que tem o poder de vincular a Administração e os participantes do certame até o seu momento final, qual seja a adjudicação.

Por se tratar de um procedimento, a licitação se caracteriza por uma sequência de atos vinculados entre si, norteados por princípios consagrados pelo direito administrativo e expressamente elencados no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo. Esses princípios norteiam as fases de habilitação, julgamento e adjudicação no processo licitatório.

CONCLUSÃO

O trabalho desenvolvido nesta monografia tratou das modalidades de licitação no ordenamento jurídico brasileiro, discorrendo, inicialmente, acerca das licitações públicas no Brasil e tratando, em seguida, das modalidades propriamente ditas.

Destarte, foram abordadas, com fulcro na Lei nº 8.666/1993, as modalidades de concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

A seguir abordou-se a mais recente modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Medida Provisória nº 2.026, em 4 de maio de 2000, sofreu sucessivas reedições, alterando-se pela Medida Provisória de nº 2.182 e, finalmente, convertendo-se na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica.

Posteriormente, foram analisadas as hipóteses de não-realização do certame licitatório, ou seja, os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Por último, tratou-se da possibilidade de exigência da apresentação de amostras do objeto licitado.

O assunto solicitação de amostras passou a ser objeto de pesquisas e análises mais aprofundadas, já que denotou ser variável importantíssima na aferição da eficiência, eficácia, economicidade e efetividade do Sistema de Compras e Licitações dos órgãos públicos do nosso país.

Segmentos da área administrativa que operacionalizam tal Sistema têm argüido a aplicação de orientações no sentido de viabilizar tais solicitações. Essas, por sua vez, são fundamentadas em jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU, jurisprudência de outros tribunais, doutrina de estudiosos do assunto e, até mesmo, por entendimento da Assessoria Jurídica do STJ.

Dessa forma, foi feita pesquisa sobre o assunto, sendo expressos nesta monografia os aspectos considerados de maior relevância, para que qualquer pessoa interessada nesse tópico do Direito Administrativo pudesse ter uma visão geral das modalidades de licitação e formasse uma opinião a respeito da possibilidade de se solicitar amostras no pregão presencial e eletrônico.

De todo o exposto, chega-se à conclusão de que o pregão, apesar de seus aspectos legais controvertidos, é uma modalidade de licitação que veio para revolucionar as contratações da Administração Pública, tendo em vista sua celeridade e economicidade claramente percebidas, como também, pelas suas características simples e objetivas.

Com relação à questão da exigência de amostras para determinados produtos no que tange ao pregão, ressalta-se que é possível obter sucesso no propósito de solicitar tais amostras, já que não existe uma Uniformização de Jurisprudência nos Tribunais, nem mesmo no Tribunal de Contas da União, em sentido contrário ao que se pretende. Some-se a isso que tal procedimento licitatório além de não ser contrário à lei, encontra amparo em vários princípios informadores da administração pública, entre os quais os da eficiência, finalidade, economicidade e celeridade.

Há, também, os pareceres obtidos de alguns doutrinadores, como por exemplo, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Bandeira de Mello, Joel de Menezes Niebuhr e a professora Vera Monteiro Scarpinella Bueno.

É muito importante saber que, mesmo com todas as dificuldades, a Administração Pública está evoluindo, buscando, da forma que lhe é possível, adequar-se aos novos tempos, atualizando seus procedimentos, inserindo-se no mundo eletrônico na busca de uma maior eficiência, o que parece ter logrado êxito com o pregão.

Por fim, cabe ressaltar que, em estudo mais aprofundado da legislação, verifica-se, inclusive, a possibilidade jurídica da indicação e exclusão de marcas, exigência de amostras de produtos, indicação de características definidoras de qualidade do produto, entre outros recursos que permitem que a Lei de licitações seja cumprida e que o processo licitatório seja realizado com qualidade.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 6 ed., Rio de Janeiro, Impetus, 2004.

BRASIL, Constituição Federal de 1988; Disponível em: <<http://www.presidência.gov.br>; Acesso em 22 agosto 2008.

BRASIL, Lei nº 8.666, de 1993; Disponível em: <<http://www.presidência.gov.br>; Acesso em 22. agosto 2008.

BRASIL, Lei nº 8.883/1994, Disponível em: <<http://www.presidência.gov.br>; Acesso em 23 agosto 2008.

BRASIL, Lei nº 9.032/1995, Disponível em: <<http://www.presidência.gov.br>; Acesso em 23 agosto 2008.

BRASIL, Lei nº 9.648/1998, Disponível em: <<http://www.presidência.gov.br>; Acesso em 24 agosto 2008.

BRASIL, Lei nº 9.854/1999, Disponível em: <<http://www.presidência.gov.br>; Acesso em 24 agosto 2008.

BRASIL, Lei nº 10.520, de 2002; Disponível em: <<http://www.presidência.gov.br>; Acesso em 25 agosto 2008.

BRASIL, Decreto 3.555, de 2000; Disponível em: <<http://www.presidência.gov.br>; Acesso em 25 agosto 2008.

BRASIL, Decreto 5.450, de 2005, Disponível em: <<http://www.presidência.gov.br>; Acesso em 25de agosto 2008.

BRASIL, Acórdãos do TCU, Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>; Acesso em 26 agosto 2008.

SCARPINELLA BUENO, Vera Monteiro. **Licitação na Modalidade de Pregão**, Coleção Temas de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed., São Paulo, Atlas, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem licitação**. 5 ed., Brasília, Brasília jurídica, 2000.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5 ed., São Paulo; Saraiva, 2000.

GRANJEIRO, José Wilson. **Lei 8.666/1993**. Brasília, Vesticon, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 7 ed. São Paulo, Dialética, 2000.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - Licitações e Contratos, Orientações Básicas. 2 e 3 ed., Brasília, TCU, 2003 e 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12 ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2000.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Licitações e Contratos Administrativos**. 2 ed., Brasília, editora do Senado Federal, 2005.

NIEBUHR, Joel de Menezes, **Pregão, Presencial e Eletrônico**, Zenith, 2004.